

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DES
**CLAUSES A ORDRE
& AU PORTEUR**
DANS LES
OBLIGATIONS HYPOTHÉCAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences juridiques)

Soutenue le 2 Mars 1922 à 15 heures

PAR

PIERRE BEAUCHAIS

Président : M. CAPITANT, Professeur

(M. BARTIN, Professeur

Suffragants :

(M. RIPERT, Professeur



PARIS

G. HABERSCHILL, ÉDITEUR

16^{is} ET 3, RUE CHARLES-BAUDELAIRE, 9 ET 12, RUE ÉMILIO-CASTELAR

1922

DES
CLAUSES A ORDRE
& AU PORTEUR
DANS LES
OBLIGATIONS HYPOTHÉCAIRES

La Faculté n'entend apporter aucune approbation ni improbation aux opinions soutenues dans cette thèse, les idées émises devant être considérées comme personnelles à l'auteur.

DES

CLAUSES A ORDRE & AU PORTEUR

DANS LES

OBLIGATIONS HYPOTHÉCAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

Soutenue le 2 Mars 1922 à 15 heures



PAR

PIERRE BEAUCHAIS

Président : M. CAPITANT, Professeur

Suffragants : { M. BARTIN, Professeur
 { M. RIPERT, Professeur



PARIS

G. HABERSCHILL, ÉDITEUR

15, ET 3, RUE CHARLES-BAUDELAIRE, 9 ET 12, RUE ÉMILIO-CASTELAR

1922

DES
CLAUSES A ORDRE
& AU PORTEUR
DANS LES
OBLIGATIONS HYPOTHÉCAIRES

INTRODUCTION

« Vous aurez été frappé comme nous d'un fait qui est de nature à modifier les conditions de l'existence sociale, c'est le prodigieux accroissement de la fortune mobilière et, en regard, la stagnation de la propriété territoriale. D'un côté, l'abondance des capitaux qui placent l'industrie et le commerce à la tête de la civilisation, de l'autre, la rareté, la pénurie des espèces et cet obstiné refus de les confier à l'agriculture qui est pourtant dans un pays aussi favorisé que le nôtre, la source la plus honorable, la plus féconde et la plus sûre de toutes les industries. »

C'est ainsi que s'exprimait, en 1849, dans son rapport au garde des sceaux, M. Persil, vice-président de la Commission instituée pour élaborer un double projet sur la

réforme hypothécaire et sur l'organisation du crédit foncier.

Le phénomène constaté jadis par M. Persil est encore celui auquel nous assistons aujourd'hui. Si nous consultons les statistiques, nous constatons que les valeurs mobilières françaises et étrangères existant dans les portefeuilles français représentaient, en 1908, un capital approximatif de 104.446 millions de francs en augmentation de plus de 35 % sur l'évaluation faite en 1892; quant aux prêts hypothécaires, ils pouvaient être évalués en 1908 à 14.000 millions de francs, chiffre sensiblement le même que celui établi en 1877 lors d'une enquête officielle (1). Cette disproportion s'est encore considérablement accentuée depuis la guerre par suite des nombreux emprunts émis par l'Etat et par les villes, par suite également de la création de nouvelles entreprises et des augmentations de capital des entreprises existantes.

Ce pouvoir d'attraction que possèdent les valeurs mobilières sur les capitaux disponibles n'a pas été sans porter un grave préjudice à notre agriculture qui, il est triste de le constater, est restée bien en retard sur celle de nombreux pays étrangers. L'on a affirmé, bien souvent, que cette situation était la conséquence de la mentalité du paysan français, de son esprit de routine, de la difficulté qu'il éprouve à adopter les nouvelles méthodes de travail.

(1) Ces chiffres sont empruntés à l'ouvrage de M. Edmond Théry " La fortune publique de la France " page 95 et 197.

Ce reproche n'est pas toujours mérité; si, en général, le paysan cultive aujourd'hui sa terre à peu près de la même façon que l'ont cultivée ses ancêtres, s'il n'a pas recours davantage aux engrais et aux machines, c'est parce que les engrais et les machines coûtent cher et qu'il ne trouve pas facilement du crédit.

Il peut paraître étrange qu'un emprunteur qui offre à ses créanciers une garantie aussi solide que des biens fonds ne puisse obtenir du crédit que difficilement, alors que l'on voit les capitalistes s'empressez de porter leur argent à des entreprises dont les chances de succès sont souvent bien aléatoires; le vieil adage « *plus est cautio in re quam in persona* » ne serait-il donc plus exact?

Une des causes de ce phénomène réside dans la difficulté qu'éprouve le prêteur sur hypothèque à rentrer dans ses fonds. Vu le temps qui est nécessaire à l'emprunteur pour faire fructifier les capitaux qui lui sont confiés, les prêts hypothécaires se font, en général, à échéance éloignée; si, pour une raison quelconque, le prêteur a besoin de son argent immédiatement, il pourra se trouver fort gêné; il aura, il est vrai, la ressource de vendre sa créance, mais c'est là une opération que les formalités de l'article 1690 du Code civil rendent bien peu pratique (1). Aussi a-t-on pu dire, avec raison, que

(1) Art. 1690 code civil. « Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins le cessionnaire peut-être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique. »

le créancier était rivé à l'hypothèque.

Cette immobilisation des créances hypothécaires porte préjudice aux deux intéressés; le capitaliste est privé d'un emploi de premier ordre pour ses capitaux, quant au propriétaire, il ne trouve à emprunter qu'à un taux élevé, l'élévation du taux de l'intérêt étant, pour le prêteur, la compensation de l'immobilisation prolongée de son capital. Il est à remarquer également qu'un capitaliste serait mieux disposé à accorder au propriétaire le long délai dont celui-ci a besoin s'il était certain de pouvoir rentrer dans ses fonds à sa volonté

Depuis longtemps la nécessité est apparue de remédier à cette situation; c'est le gros problème de la mobilisation du crédit foncier, problème qui a été vivement discuté mais qui n'a encore reçu qu'une solution imparfaite.

Pour parvenir à la mobilisation du crédit foncier plusieurs moyens ont été imaginés qui sont :

- 1° L'institution de l'hypothèque sur soi-même.
- 2° L'organisation des sociétés de crédit foncier.
- 3° L'emploi des clauses à ordre et au porteur dans les obligations hypothécaires

Bien que les deux premiers procédés ne rentrent pas dans le cadre de ce travail il ne nous paraît pas possible cependant de les passer complètement sous silence.

La loi du 9 messidor de l'an III, en même temps qu'elle organisait la publicité des hypothèques contenait une innovation très hardie : tout propriétaire de biens susceptibles d'hypothèque pouvait, après l'accomplissement

de certaines formalités, prendre hypothèque sur lui-même. A cet effet, une réquisition devait être adressée au conservateur des hypothèques; celui-ci après examen des pièces fournies à l'appui délivrait au propriétaire une cédula hypothécaire transmissible par voie d'endossement et formant titre exécutoire contre celui qui l'avait requise. Pour donner une valeur certaine à la cédula et en faciliter la circulation, le législateur avait cru bon de déclarer le conservateur garant de la valeur du bien hypothéqué ainsi que du montant des hypothèques antérieures; c'était soumettre le conservateur à une responsabilité écrasante.

Tant que la cédula n'avait pas été remise à un tiers, elle ne représentait entre les mains du propriétaire qu'une créance éventuelle, nul ne pouvant être créancier de soi-même; son seul effet était de grever l'immeuble qui lui servait de garantie, de sorte que les cédules requises postérieurement ne pouvaient porter que sur l'excédent disponible de l'immeuble. Le premier endossement ne réalisait pas un transport de créance mais était en fait l'acte constitutif de l'hypothèque. A l'échéance, en cas de non paiement par le souscripteur, le porteur n'avait aucun recours contre les endosseurs successifs, le législateur ayant estimé que la garantie hypothécaire était suffisante.

Ce système ne tarda pas à soulever de très vives critiques; on lui reprocha de bouleverser les précautions dont jusque-là on avait entouré la constitution des hypothè-

ques; de plus, la faculté accordée au propriétaire d'engager son bien même avant d'en avoir ressenti le besoin devait, disait-on, avoir pour conséquence inévitable de favoriser le jeu d'entraîner la dilapidation des biens et de menacer l'avenir des familles. Ces critiques étaient-elles fondées? L'application très restreinte que reçut le système ne permit pas de le montrer.

La mobilisation du crédit immobilier par l'organisation de sociétés de crédit foncier repose sur une toute autre conception. Le propriétaire n'entre plus directement en relations avec le capitaliste, il emprunte à un intermédiaire qui est la société de crédit foncier. Cette société, pour pouvoir ainsi consentir des prêts, emprunte de son côté en émettant des obligations foncières ou lettres de gage négociables en Bourse. L'acheteur d'obligations foncières, qui est au fond le véritable créancier hypothécaire, a entre les mains non plus un titre de créance presque intransmissible mais une valeur immobilière qu'il peut réaliser à sa volonté. L'institution de sociétés de crédit foncier procure donc à l'agriculture les facilités de crédit dont jouissent le commerce et l'industrie.

La création de sociétés de crédit foncier a été autorisée en France par le décret du 28 février 1852. Aux quelques sociétés qui s'étaient tout d'abord fondées succéda en 1854 une société unique qui prit le nom de Crédit Foncier de France.

On a souvent reproché à cet établissement de ne pas

avoir rempli le rôle qu'on attendait de lui, d'avoir négligé le prêt rural pour ne favoriser que le prêt urbain. Il ne nous appartient pas de discuter le bien fondé de ces critiques; nous nous bornerons à exposer les résultats obtenus.

Depuis sa fondation jusqu'au 31 décembre 1920, le montant des prêts hypothécaires consentis par le Crédit Foncier s'élève à 7.316.909.183 fr. 02 dont 5 milliards 865.341.270 fr. 13 ont été prêtés sur des propriétés urbaines, 1.431.460.712 fr. 89 sur des propriétés rurales et 20.107.200 francs sur des propriétés mixtes.

Quant aux prêts en cours, il s'élèvent à 2 milliards 829.153.138 fr. 06 ce qui représente à peine 1/5^e des fonds placés sur hypothèque (1).

Le troisième moyen employé pour parvenir à la mobilisation du crédit foncier consiste à rendre plus facile la transmission des créances hypothécaires. Afin d'éviter les formalités lentes et coûteuses édictées par l'art. 1690 du code civil la pratique notariale aidée par la jurisprudence a imaginé de donner aux titres de créance hypothécaire la forme à ordre ou au porteur. Nous assistons là à une manifestation de la vitalité que conserve notre droit malgré sa codification et de la faculté qu'il a de s'adapter aux situations nouvelles nées des besoins de la pratique.

(1) Ces chiffres sont extraits du rapport présenté par le gouverneur à l'assemblée générale des actionnaires du Crédit Foncier de France de 1921.

Bien que la validité de ce procédé ne fasse plus de doute, la jurisprudence et la doctrine se montrent encore flottantes quand il s'agit d'en déterminer toutes les conséquences.

Le but de ce travail est d'étudier les différentes questions que soulève l'emploi des clauses à ordre et au porteur dans les obligations hypothécaires (1).

Notre plan sera le suivant :

Le 1^{er} chapitre aura pour objet l'historique de la question.

Dans un 2^e chapitre nous examinerons si, dans l'état actuel de nos textes une créance hypothécaire est susceptible d'être transmise par l'endossement ou la simple remise du titre.

Afin d'en pouvoir déterminer les effets, nous étudierons dans un 3^e chapitre la nature juridique des clauses à ordre et au porteur.

(1) Le mot obligation est pris ici dans un sens un peu spécial. « On appelle obligation, disait Ferrière, un acte passé pardevant notaire pour prêt d'argent ou d'autre chose, à la différence des reconnaissances sous signature privée que l'on appelle simples promesses, cédules ou billets. » (La science parfaite des notaires p. 176). Les obligations hypothécaires sont donc des actes de prêt passés pardevant notaire avec constitution d'hypothèque. Il ne peut y avoir confusion avec les obligations, valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et garanties par une hypothèque. Sur les obligations hypothécaires prises dans ce dernier sens consulter Houpin, Traité des sociétés civiles et commerciales n° 420 et s. Garnot. Des obligations hypothécaires au porteur. Thèse Lyon 1894.

Dans un 4° chapitre nous passerons en revue les conséquences de l'insertion dans l'acte constitutif d'hypothèque des clauses à ordre et au porteur.

Enfin dans un 5° chapitre nous considérerons l'importance prise dans la pratique par ce procédé de mobilisation de crédit foncier.

CHAPITRE I

CONSIDÉRATIONS HISTORIQUES

De bonne heure se fit ressentir le besoin de faciliter la transmission des créances hypothécaires. Les plus anciens documents que nous connaissions remontent au XII^e siècle. Nous trouvons dans le cartulaire de la seigneurie de Fontjoncouse trois actes d'engagement d'immeuble contenant la clause *et cui laxare volueritis* ou la clause *et cui dimittere volueritis* (1) Ces expressions correspondent-elles à la clause à ordre ou à la clause au porteur? Il est assez difficile de le dire, la dis-
n'étant pas encore complètement établie au Moyen-Age

Sous notre ancien droit l'emploi des clauses à ordre et au porteur dans les obligations hypothécaires nous est révélé à plusieurs reprises. C'est ainsi notamment que Denisart (2) signale qu'au XVIII^e siècle à Lyon l'usage

(1) Ces actes sont rapportés dans le Bulletin de la Commission archéologique et littéraire de l'Arrondissement de Narbonne. 1876-1877, p. 131, 135 et 149.

(2) Denisart. Collection des décisions nouvelles mot « Obligation » n^o 16 et 17.

était de passer par devant notaire des obligations à ordre garanties par une hypothèque et jouissant des mêmes avantages que les effets de commerce. D'autre part, dans Ferrière (1) nous rencontrons une formule d'acte de prêt hypothécaire dans lequel le débiteur s'engage à payer au prêteur ou au porteur de l'acte.

Si notre ancien droit connaissait déjà les obligations hypothécaires à ordre et au porteur, ce n'est toutefois que dans le courant du xix^e siècle que cette pratique a pris une certaine extension et a par là même attiré l'attention du législateur. Nous étudierons l'évolution de la question dans la doctrine et dans les travaux législatifs puis dans la jurisprudence.

§ 1^{er}. — *Doctrine et travaux législatifs.*

Le régime hypothécaire sanctionné par le Code civil ne tarda pas à être l'objet de vives critiques de la part des jurisconsultes et des économistes, on lui reprochait entre autres griefs de ne pas favoriser suffisamment le crédit foncier; aussi parla-t-on bientôt de réforme hypothécaire.

Dès 1829, un député, M. Casimir Périer institua un concours sur les moyens de donner au régime hypothécaire « une base à la fois plus large et plus solide ». Le

(1) Ferrière. La science parfaite des notaires 1728 p. 181.

prix fut décerné à M. Decourdemanche qui, s'inspirant de la loi de messidor an III, voyait dans la transmission du bénéfice de l'hypothèque par voie d'endossement le moyen de porter remède aux difficultés que rencontrait le propriétaire pour emprunter sur son bien.

« Nous voudrions, disait M. Foelix, l'un des concurrents, qu'on pût transférer la propriété d'une créance hypothécaire ou privilégiée par la simple voie d'un endossement mis au pied et à la suite du titre et n'entraînant que des frais minimales.

« Cette facilité de cession jointe à la garantie pleine et entière que procurera notre système aux créances hypothécaires donnera à ces créances une circulation très active. Personne ne fera plus de difficulté d'acheter ces créances parce qu'il aura l'occasion de s'en défaire à son tour lorsqu'il voudra changer la nature de son placement. »

Les commentateurs du Code civil avaient étudié la question au point de vue théorique et n'avaient rencontré aucun obstacle juridique à la transmissibilité de l'hypothèque par voie d'endossement (1).

Certains auteurs tentèrent de s'opposer à ce courant en se fondant sur la prétendue incompatibilité entre l'endossement, mode de transmission prévu pour les droits

(1) Troplong. Traité de la vente II n° 906. Duvergier, Traité de la vente II n° 212.

personnels et mobiliers et l'hypothèque, droit réel immobilier (2).

L'ampleur qu'avait prise la discussion sur la nécessité d'une réforme hypothécaire décida le gouvernement à intervenir et, le 7 mai 1841, le ministre de la Justice et des Cultes, M. Martin du Nord, dans une circulaire adressée à la Cour de Cassation, aux Cours royales et aux Facultés de Droit, demandait aux magistrats et aux professeurs de faire connaître les lacunes et les imperfections de la loi et d'indiquer en même temps les moyens d'y remédier. Les cours et les facultés de droit avaient notamment à se prononcer sur la valeur juridique et économique de la transmission des titres hypothécaires par endossement.

L'enquête fut, si l'on tient compte de la répartition des opinions exprimées, nettement défavorable à la transmissibilité des titres hypothécaires par voie d'endossement. Alors que les facultés se divisèrent en deux groupes égaux la Cour de Cassation ainsi que dix-huit cours royales se prononcèrent contre la réforme projetée; cinq cours seulement émirent un avis favorable; une cour, celle de Toulouse, ne crut pas utile une réforme législative et proposa de laisser à la jurisprudence le soin de résoudre les diffi-

(1) Cabantous, note sous cass. 21 février 1838, S. 38.1.209 ; Plaidoirie de M. Dalloz devant la cour de cassation le 18 Novembre 1833. D. 33.1.353 ; Massé. Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil IV n° 2996.

cultés pouvant surgir du fait de l'insertion de la clause à ordre dans un contrat hypothécaire (1).

L'opinion émise par la Cour de Cassation et par la majorité des cours royales est une conséquence du souvenir déplorable qu'avait laissé la loi de messidor an III, de la crainte de voir réapparaître sous une forme un peu différente, les cédules hypothécaires avec toutes les calamités qu'elles devaient entraîner. « Avec un pareil système, faisait remarquer la Cour d'Angers, que de fortunes englouties, que de familles en proie au besoin, que de désastres désormais irréparables ».

Bien que la question de l'hypothèque au porteur ne figurât pas dans la circulaire du ministre de la Justice, plusieurs cours et facultés se montrèrent incidemment tout à fait hostiles à une pareille combinaison.

Cette consultation occasionna l'éclosion de nombreux articles. Il est à remarquer qu'en général les auteurs se prononcèrent dans le même sens que les professeurs et les magistrats (2).

Le résultat de cette vaste enquête se fit longtemps atten-

(1) Voir les avis émis par les cours et les facultés dans les « Documents relatifs au régime hypothécaire » publiés par ordre de M. Martin du Nord, tome 1 pages 500. et suivantes.

(2) Voir notamment contre la transmissibilité de l'hypothèque par voie d'endossement. Bresson. *Revue de législation et de jurisprudence* 1841 p. 230. — Wolowski. *Revue de législation et de jurisprudence* 1850 p. 287. — Les observations de la Chambre des avoués de Paris.

dre, ce ne fut que le 25 avril 1850 qu'un projet de loi fut soumis à l'Assemblée Législative. Ce projet prévoyait la transmissibilité des créances hypothécaires par voie d'endossement. Le rapporteur, M. de Vatimesnil allant au devant d'une objection qui n'aurait pas manqué de lui être faite, déclara que le but de la commission avait été simplement de favoriser le crédit foncier en facilitant la transmission des créances hypothécaires et non pas de faire revivre sous une autre forme le régime des cédules de l'an III; « la faculté de transmettre les cédules par voie d'endossement est l'unique trait de ressemblance entre ce système et celui que la commission propose; du reste, tout est essentiellement différent » (1)

L'article du projet qui organisait l'hypothèque à ordre nous a paru trop longuement rédigé (50 lignes) pour être cité intégralement, nous nous bornerons à en indiquer la substance.

L'obligation hypothécaire pouvait être stipulée payable à ordre et transmissible par voie d'endossement. La signature de l'endosseur et la date devaient être certifiées par un notaire. La cession n'avait d'effet à l'égard des tiers que du jour où mention en était faite en marge de l'inscription. Après l'échéance, l'obligation n'était plus transmissible par endossement et les formalités de l'art. 1690 devaient être observées. A moins de clause contraire, tous

(1) Moniteur Universel, supplément au n° du 26 avril 1850.

les endosseurs étaient garants du paiement à l'échéance. Le défaut de paiement devait être constaté par un commandement resté sans effet, qui devait produire relativement aux endosseurs, le même effet que le protêt dans les effets de commerce. A peine de déchéance de l'action en garantie contre les endosseurs le commandement devait être fait dans la quinzaine de l'échéance. L'action en garantie devait être portée soit devant le tribunal de commerce, soit devant le tribunal civil du lieu où était situé l'immeuble hypothéqué.

Enfin toute obligation au porteur était interdite.

Devant l'Assemblée, la discussion porta surtout sur la question du fractionnement des créances hypothécaires et sur celle de la garantie solidaire de tous les endosseurs (1).

Dans un amendement, M. Charamaule demanda que l'Assemblée favorisât les cessions partielles : en même temps que la grosse de l'obligation, le notaire remettrait au créancier un certain nombre de billets dont la valeur totale représenterait le montant de la créance, ce qui permettrait au créancier de rentrer dans son argent au fur et à mesure de ses besoins. Ce procédé, admis depuis par la jurisprudence, fut repoussé par le rapporteur et le ministre de la Justice à cause des difficultés pratiques qu'il devait entraîner et aussi parce qu'il pouvait rap-

(1) Voir le compte rendu des débats dans le *Moniteur Universel* suppléments aux n^{os} des 24, 26 et 27 décembre 1850.

peler, de loin il est vrai, le système des cédulas hypothécaires.

En ce qui concerne la garantie du paiement à l'échéance par tous les endosseurs successifs, M. de Casabianca proposa de ne pas s'écarter du principe suivant lequel en droit civil la solidarité ne se présume pas et doit être expressément stipulée. Il fit valoir que, sans présenter d'avantages, la garantie solidaire ne pourrait amener que des complications qui seraient plutôt funestes au crédit foncier. Malgré l'opposition du rapporteur et du ministre de la Justice, l'amendement suivant fut adopté : « L'endossement n'emportera la solidarité qu'autant qu'elle aura été expressément stipulée » et l'ensemble de l'article ainsi modifié fut voté.

Malheureusement, les pouvoirs de l'Assemblée Législative prirent fin avant que la grande tentative de réforme hypothécaire si soigneusement préparée ait pu aboutir.

Après l'échec du projet de loi de 1850, nous assistons chez les auteurs à la continuation de la discussion engagée. Peu à peu, le parti de l'opposition devint moins puissant (1) et de nos jours l'on peut dire que les auteurs sont d'accord pour reconnaître la validité des clauses à ordre et au porteur dans les obligations hypothécaires.

En 1891, la vieille question de la réfection du cadastre

(1) Bucquoy. *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1864, p. 52.

et le projet de réorganisation de la publicité immobilière par l'établissement de livres fonciers, devait donner au gouvernement l'occasion de s'occuper à nouveau de la réforme hypothécaire. Une commission extra parlementaire fut créée au ministère des Finances; afin d'étudier séparément les différents problèmes qui se posaient; elle se partagea en trois sous-commissions dont l'une, la sous-commission juridique, eut à élaborer le projet relatif à la réforme hypothécaire.

Le moyen préconisé pour donner au crédit hypothécaire toute son extension consistait à favoriser la transmission des créances hypothécaires. La question donna lieu à d'amples discussions au sein de la commission. L'hypothèque sur soi-même, que le comité de rédaction et d'étude avait écartée, trouva parmi les membres de la commission plusieurs défenseurs. Malgré l'ardeur et le talent avec lequel il fut défendu, ce système ne put avoir gain de cause (1).

D'après l'avant projet de loi établi par la sous-commission juridique, les obligations hypothécaires pouvaient être stipulées payables à ordre ou au porteur. Outre la transmissibilité des créances hypothécaires par voie d'endossement ou de simple remise du titre, l'avant-projet, dans son article 45 prévoyait l'institution de bons hypo-

(1) Voir dans les procès-verbaux des séances de la commission extraparlémentaire du cadastre fascicule 5, le compte rendu des séances des 22 février, 1^{er} et 8 mars 1894.

thécaires en représentation de créances déjà existantes; c'était une application de l'idée émise en 1830 par M. Charamaule devant l'Assemblée Législative.

Tout créancier hypothécaire ou privilégié pouvait, avec le consentement du débiteur ou du propriétaire de l'immeuble grevé, requérir du conservateur, soit au moment de l'inscription, soit ultérieurement, la délivrance d'un ou de plusieurs bons, jusqu'à concurrence du montant de sa créance. Ces bons avaient force exécutoire contre le débiteur ou le tiers détenteur de l'immeuble. Si la créance était productive d'intérêts, ils étaient munis de coupons. Leur transmission s'opérait par voie d'endossement (4), aucune mention au livre foncier n'était nécessaire, cependant le cessionnaire pouvait avoir intérêt à faire notification de la cession au conservateur avec élection de domicile, car, à partir de ce moment aucune procédure intéressant l'immeuble ne pouvait être suivie sans que le cessionnaire y fût appelé.

Pour permettre aux bons de circuler, il fallait leur donner une valeur certaine, mettre le porteur à l'abri des

(1) Primitivement le comité de rédaction et d'étude avait proposé que les bons pussent être indifféremment à ordre ou au porteur, mais au cours de la discussion la forme au porteur rencontra une vive opposition et fut finalement rejetée par 10 voix contre 8.

Il est assez curieux de constater que bien que repoussée dans les bons hypothécaires la forme au porteur fut permise pour les obligations hypothécaires (art. 45).

causes d'invalidité auxquelles il était resté étranger. Bien que le porteur, en tant que cessionnaire d'une créance à ordre, bénéficiât déjà de la règle de l'inopposabilité des exceptions telle qu'elle est admise en matière d'effets de commerce (art. 45), l'avant-projet insérait une disposition exceptionnelle en faveur des cessionnaires de bons hypothécaires, à condition que la cession eût lieu à titre onéreux et que le porteur fût de bonne foi; l'art. 72 attachait aux bons la force probante des livres fonciers en décidant que le seul fait de l'inscription suffisait pour établir l'existence et la validité de la créance elle-même : le porteur était ainsi soustrait aux exceptions tirées de l'incapacité ou du défaut de droit du constituant. En ce qui concerne les droits du porteur non payé, l'avant-projet rejetait la garantie solidaire de tous les endosseurs : ceux-ci n'étaient garants que de l'inscription de l'hypothèque au livre foncier (art. 47).

Signalons enfin que, dans un article relatif à l'hypothèque garantissant une ouverture de crédit, l'avant-projet résolvait une question encore discutée aujourd'hui, celle de savoir si, en cas de négociation de la créance garantie par une hypothèque, le créancier primitif, au nom de qui l'inscription est prise, peut donner mainlevée bien qu'il ne soit plus créancier. D'après l'art. 36 le créditeur, malgré la négociation des effets, conservait la faculté de donner mainlevée de l'inscription sans préjudice du droit du porteur de s'opposer à la radiation par une notification faite au conservateur des hypothèques;

en d'autres termes, le porteur n'était valablement saisi que par la signification d'une opposition entre les mains du conservateur à défaut de laquelle le créancier restait titulaire présumé de la créance et pouvait donner valablement mainlevée.

Le projet de la commission du cadastre est le dernier en date qui ait tenté d'organiser la mobilisation du crédit foncier; il n'a même pas connu, comme celui de 1850, l'honneur d'être discuté devant le Parlement.

§ 2. — *Jurisprudence.*

La validité des clauses à ordre et au porteur dans les obligations hypothécaires a, semble-t-il, toujours été admise par la Cour de Cassation (1).

En ce qui concerne la clause à ordre, la question fut implicitement résolue par un arrêt de cassation du 10 août 1831 (S. 31.1.371) et fut définitivement tranchée par un arrêt de cassation du 24 février 1838 (S. 38.1.208). Cet arrêt, confirmant un arrêt de la Cour de Rouen qui confirmait lui-même un jugement du tribunal de Dieppe, reconnaissait la validité de billets à ordre souscrits en paiement d'une dette hypothécaire et déclarait que la

(1) Il est curieux de constater la contradiction entre la jurisprudence de la cour de Cassation et l'avis émis par la cour suprême lors de l'enquête de 1841.

garantie hypothécaire avait été valablement transmise par le fait de l'endossement des billets. « Considérant qu'aucune disposition de la loi ne s'opposant à ce que, dans une obligation notariée et emportant hypothèque on puisse stipuler qu'elle sera payable au porteur, on doit regarder une telle stipulation comme valable... Considérant qu'en transportant les billets par voie d'endossement le créancier primitif a entendu transporter les diverses portions des obligations avec tous les avantages qui y étaient attachés, c'est-à-dire la garantie hypothécaire, et sans aucune retenue; qu'il importe peu que les transports n'aient pas été signifiés au débiteur, que cette formalité n'était pas nécessaire pour la validité... »

En ce qui concerne les obligations hypothécaires au porteur la Cour de Poitiers, le 13 décembre 1829 (S. 30.2.92) eut à statuer sur les conditions d'inscription d'une hypothèque au porteur, mais ne se prononça pas sur la validité du procédé en lui-même. Ce n'est que dans un arrêt de la Cour de Bordeaux du 7 février 1846 (D. 46.2.168) confirmant un jugement du tribunal d'Angoulême, que nous trouvons affirmée la validité de l'hypothèque au porteur et sa transmissibilité par simple remise du titre. « Attendu qu'en l'absence de tout reproche de dol ou de fraude, la présomption légale de la propriété du titre étant attachée à la présence de ce titre entre les mains du porteur, il en résulte que ce dernier a été saisi tant du principal de la créance que de tous ses accessoires, tels que privilèges et hypothèques confor-

mément aux dispositions de l'art. 1692 du Code civil. »

Contrairement à ces décisions, la Cour de Grenoble, se basant sur la généralité des termes de l'art. 1690 ainsi que sur les graves difficultés pratiques qui, selon elle, devaient nécessairement résulter de la combinaison des législations civile et commerciale, se refusa, par un arrêt du 6 juillet 1818 (Dalloz, rép. jurisp. « effets de commerce », n° 374), d'admettre la transmissibilité du bénéfice de l'hypothèque par voie d'endossement de l'obligation notariée; d'après cet arrêt, l'endossement n'opère transmission qu'entre les parties et la cession ne peut être parfaite vis-à-vis des tiers que par l'accomplissement des formalités de l'art. 1690 du Code civil. La Cour de Grenoble eut l'occasion de donner la même solution dans un arrêt du 7 février 1835 (Dalloz, rép. jurisp., « effets de commerce », n° 377).

Ces deux arrêts constituent la seule résistance qui ait été faite par la jurisprudence à la pratique des obligations hypothécaires négociables dont la validité fut depuis confirmée par de nombreux arrêts (1).

(1) Voir notamment en ce qui concerne les obligations à ordre Dijon, 5 août 1858. S. 59.2.50. — Alger 7 mai 1870. S. 71.2.105. — Nîmes 28 octobre 1892. — Pand. franç. 1893. 2.211.

En ce qui concerne les obligations au porteur. Cass. 24 octobre 1914. S. 1914. 1.241.

CHAPITRE II

Validité des clauses à ordre et au porteur dans les obligations hypothécaires.

La transmissibilité de l'hypothèque par le fait de l'endossement ou de la simple remise du titre ayant été contestée, il nous appartient de démontrer que l'emploi des clauses à ordre et au porteur dans les obligations hypothécaires est pleinement conforme aux principes de notre droit.

Nous nous proposons d'établir :

1° Qu'aucun texte n'empêche que les créances civiles soient stipulées payables à ordre ou au porteur.

2° Que les principes sur lesquels repose notre régime hypothécaire ne s'opposent pas à ce que les clauses à ordre ou au porteur soient insérées dans les obligations hypothécaires.

§ 1^{er} *Validité des clauses à ordre et au porteur
dans les titres de créance civils*

Il est à remarquer que la possibilité de donner la forme au porteur à un titre de créance civil ne fut jamais sérieusement mis en doute.

Dans notre ancien droit déjà il était admis communément que la clause au porteur pouvait être indistinctement insérés d. n. les actes civils et commerciaux. Interdits par la Convention pour des raisons politiques les effets au porteur furent à nouveau reconnus valables par le décret du 23 thermidor an II toujours en vigueur; vu les termes généraux dans lesquels il est rédigé il n'est pas permis de croire que ce décret ait visé uniquement les effets de nature commerciale.

La transmissibilité des créances civiles par voie d'endossement fut, au contraire, vivement discutée.

Considérant que le bénéfice de l'endossement n'avait été législativement prévu que pour les créances de nature commerciale, l'on a affirmé que l'endossement était un procédé de cession créé uniquement pour favoriser les transactions commerciales et ne pouvait s'appliquer à la transmission des créances purement civiles (1).

(1) Lyon 22 Mars 1830, S. 31.2.238. Limoges 27 Novembre 1845-S. 46.2.482.

Cette théorie est contredite par le code de commerce lui-même; l'art. 636 prévoyant que des billets à ordre peuvent porter la signature de non commerçants et ne pas avoir pour cause des opérations de commerce.

Contre l'extension de la clause à ordre l'on a fait valoir également que l'art. 1690 du Code civil édictait une règle générale à laquelle il ne pouvait être dérogé que par un texte formel; dans ces conditions, la transmission par endossement d'une créance où la clause à ordre n'a pas été prévue législativement n'a d'effets qu'entre les parties et est inopposable aux tiers(1).

Ces théories sont aujourd'hui abandonnées et il est communément admis qu'en dehors des cas prévus par la loi, les parties sont libres d'insérer dans leurs contrats la clause à ordre, ce qui aura pour résultat d'éviter les formalités gênantes de l'art. 1690 du Code civil (2).

Pour expliquer juridiquement l'extension de la clause à ordre en dehors des cas prévus par la loi les auteurs ainsi que les arrêts s'accordent généralement pour admettre que les formalités de l'art. 1690 étant simplement interprétatives de volonté, les parties peuvent d'un commun accord y déroger en stipulant que la transmission de la créance s'opérera à l'égard des tiers par l'endossement

(1) Laurent. Principes du droit civil français t. XXIV § 498. Rubende Couder, dictionnaire de droit commercial « Lettre de change » n° 470. — Vavasseur. Traité des sociétés civiles et commerciales t. I n° 470. — Grenoble 7 février 1835 précité.

(2) Voir cep. en sens contraire Huc. Traité de la cession et de la transmission des créances t. 1 p. 454.

du titre (1). Pour apprécier la valeur de cette explication, il est indispensable de considérer dans quel but ont été instituées les règles de l'art. 1690.

A cet égard, les travaux préparatoires du Code civil ne peuvent nous être d'aucun secours; aucune justification ne fut donnée à la règle énoncée par l'art. 1690. Quant au vote par le Conseil d'Etat il ne donna lieu à aucune discussion. C'est au moyen des précédents historiques et des termes même du texte que nous allons tâcher de déterminer quelle a pu être l'intention du législateur.

Les formalités de l'art. 1690 ont leur origine dans le droit romain. Pour remédier à l'incessibilité des créances le droit prétorien avait imaginé le procédé de la *procuratio in rem suam*; celui qui voulait céder une créance donnait à son cessionnaire mandat de poursuivre pour lui le débiteur et le dispensait de rendre compte de l'opération. Malheureusement ce procédé ingénieux était bien fragile; le *procurator* ne pouvait exercer l'action qu'après l'échéance de la créance, souvent très longtemps après la convention de cession et dans l'intervalle pouvait interve-

(1) Voir en ce sens Pascaud, Revue critique de législation et de jurisprudence 1878 p. 705. Lyon-Caen et Renault. Traité de droit commercial t. IV n° 156. — Massé t. IV n° 2301. Cass. 8 mai 1878. D. 78. 1.241 et la note de M. Beudant. — Cass. 7 mai 1879. S. 79.1.103. — Cass. 15 mars 1892. S.94.1.495. — Cass. 9 novembre 1896. S. 97.1.161 et la note de M. Tissier. — Paris 25 Juin 1836. S. 37.2.107.

nir un événement qui mît fin au mandat, la mort du mandant par exemple, ou bien encore la révocation du mandat ou l'extinction de la créance. Pour parer à cet inconvénient il fallait assurer au cessionnaire le bénéfice de la créance dès la convention de cession; une constitution attribuée à Gordien, au III^e siècle décida que même avant l'échéance le cessionnaire pouvait s'assurer du bénéfice exclusif de la créance en signifiant au débiteur sa volonté de l'avoir pour débiteur ou en obtenant de lui sa reconnaissance comme créancier (1).

Les formalités de l'art. 1690 apparaissent donc à leur origine comme un procédé établi dans l'intérêt exclusif du cessionnaire, à l'effet de le saisir de la créance qui lui est transmise. C'est avec le même caractère qu'elles passent dans notre ancien droit. Au XVI^e siècle la coutume de Paris dans son art. 108 s'exprimait ainsi : « Un simple transport ne saisit point, il faut le signifier à la partie et en bailler copie avant que d'exécuter » (2). Enfin nous pouvons lire dans Pothier : « Le transport d'une rente ou autre créance est, avant que la signification en ait été faite au débiteur ce qu'est la vente d'une chose corporelle avant la tradition : de même que le vendeur d'une chose

(1) Consulter à ce sujet Girard. Manuel élémentaire de droit romain 5^e édition p. 731 et suivantes.

(2) Voir dans le même sens Loisel. Institutes coutumières t. I liv. 3 n^o 10.

corporelle demeure, avant que la tradition en ait été faite possesseur et propriétaire de la chose qu'il a vendue, de même, tant que le cessionnaire n'a point fait signifier au débiteur le transport qui lui a été fait, le cédant n'est point dessaisi de la créance qu'il a transportée » (1).

Se basant sur ces précédents historiques, certains auteurs ont affirmé que le législateur ne pouvait avoir attribué aux dispositions de l'art. 1690 un caractère autre que celui qu'elles avaient toujours eu. « Cette signification, disait Troplong, est une prise de possession de la créance, elle est une espèce de mainmise sur le débiteur, elle le lie au cessionnaire qui occupe dès lors la place du créancier » (2).

A notre avis, cette opinion n'est pas tout à fait exacte. Il ne nous paraît pas douteux que les formalités de l'art. 1690 soient destinées comme par le passé à saisir le cessionnaire de la créance qui lui est transmise; elles constituent une sorte d'opposition faite entre les mains du débiteur pour l'empêcher de payer valablement le cédant. Cependant, si les formalités de l'art. 1690 ne constituaient qu'un procédé d'ensaisinement l'on ne comprendrait pas pourquoi les tiers pourraient se prévaloir de leur inobser-

(1) Pothier. Traité de la vente n° 554.

(2) Troplong. Traité de la vente t. II n° 882. Dans le même sens Marcadé. Explication méthodique et raisonnée du droit civil art. 1690. — Planiol, Traité élémentaire de droit civil 6^e édition t. II n° 1614.

vation pour invoquer l'inefficacité de la cession à leur égard, car la créance passe du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire, dès le moment où les parties tombent d'accord; dans notre droit moderne la propriété s'acquiert et se transmet par l'effet des conventions sans qu'aucune formalité spéciale ne soit nécessaire. Il faut donc voir dans la règle de l'art 1690 autre chose qu'un moyen d'ensaisinement.

Une cession de créance étant une opération que les tiers ont intérêt à connaître, le législateur de 1804 a estimé qu'elle ne pourrait leur être opposée tant qu'elle n'aurait pas été soumise à une certaine publicité. Après la signification de l'acte de cession au débiteur ou l'acceptation de celui-ci dans un acte authentique, l'on peut être assuré que le débiteur sera capable de renseigner utilement les tiers qui s'adresseront à lui pour savoir quel est le propriétaire de la créance. Ce rôle de publicité que la majorité des auteurs (1) attribue aux formalités de l'art. 1690 ressort nettement des termes de la loi « le débiteur n'est saisi à l'égard des tiers », c'est presque le langage employé par l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855 sur la publicité des transmissions immobilières « jusqu'à la transcription des droits résultant de actes et jugements insérés aux arti-

(1) Colin et Capitant. Cours élémentaire de droit civil français 2^e édition p. 147. — Baudry Lacantinerie. Précis de droit civil t. XIX art. 767. — Lyon, Caen et Renault t. III n^o 98,

cies précédents ne peuvent être opposés aux tiers ».

En résumé, le code a, selon nous, mélangé les deux conceptions d'ensaisinement et de publicité : l'accomplissement des formalités de l'art. 1690 a pour effet : 1° De saisir le cessionnaire de sa créance en empêchant le débiteur de se libérer valablement entre d'autres mains que celles du cessionnaire; 2° de rendre public l'acte de cession et de mettre les tiers dans l'impossibilité de la méconnaître.

Si le législateur a entendu instituer une mesure de publicité, il nous paraît bien difficile d'approuver l'opinion communément admise d'après laquelle les dispositions de l'art. 1690 ne sont qu'interprétatives de volonté. Lorsque le législateur a édicté des dispositions dans l'intérêt des tiers, les parties ne peuvent pas y déroger par une convention qui est leur fait personnel.

Les formalités de l'art. 1690 étant impératives, comment expliquer que les parties puissent s'entendre pour les éluder? Bien qu'impératif, l'art. 1690 ne constitue pas un obstacle à la transmissibilité des créances civiles par voie d'endossement parce que, quoiqu'il soit rédigé en termes généraux, il ne vise que la cession de certaines créances, des créances à personne dénommée. L'accomplissement des formalités de l'art. 1690 serait sans objet en cas de transmission d'une créance à ordre; en effet, par suite de la forme donnée au titre, il est inutile que le débiteur soit informé du changement qui s'effectue dans la personne de son créancier; ayant admis l'insertion de

■

la clause à ordre dans l'acte, il sait qu'il ne doit payer qu'entre les mains du porteur du titre à l'échéance, que sinon il serait exposé à payer deux fois. Quant à la publicité de la cession, elle est suffisamment assurée par la forme donnée au titre; les tiers intéressés apprendront en s'adressant au débiteur que la créance est à ordre et constitue par là même un élément instable du patrimoine de leur créancier; ils n'auront qu'à prendre leurs précautions en conséquence.

L'on peut cependant nous objecter que l'art. 1690 est conçu en termes très généraux et que rien ne peut faire pressentir qu'il soit spécial à une certaine catégorie de créances. La réponse est facile : à la fin de notre ancien droit, la clause à ordre ne figurait qu'exceptionnellement dans les titres de créance civils, son emploi était réservé aux actes de commerce, aussi les rédacteurs du Code civil, en réglementant la cession des créances, n'ont-ils eu en vue que la forme habituellement employée en droit civil, c'est-à-dire la forme à personne dénommée. Mais, ainsi que le fait remarquer M. Lyon-Caen, « les choses ont profondément changé depuis 1804. Beaucoup de non commerçants font aujourd'hui des opérations répétées comme des commerçants; ils ont de fréquents appels à faire au crédit. Aussi des différences entre le droit civil et le droit commercial qui s'expliquaient au moment où le droit civil s'est séparé du droit commercial et même au moment de la confection des codes, ne se justifie plus aujour-

d'hui (1). » Les raisons de célérité et d'économie qui avaient fait adopter la forme à ordre par les commerçants sont choses bonnes pour tout le monde, et l'on ne comprendrait pas qu'un procédé jugé avantageux en droit commercial doive être proscrit du droit civil.

L'art. 1690 étant hors de cause, rien ne s'oppose à ce que les créances civiles puissent, par suite de l'insertion dans l'acte de la clause à ordre circuler aussi facilement que certaines créances commerciales.

§ II. *Transmissibilité de la garantie hypothécaire par le fait de l'endossement ou de la simple remise du titre.*

Ainsi que nous venons de le voir, les créances civiles, aussi bien que les créances commerciales, sont susceptibles d'être transmises par l'endossement ou par la simple remise du titre; demandons-nous à présent si les principes de notre régime hypothécaire ne s'opposent pas à ce qu'une hypothèque puisse être transmise par ces modes de cession.

Contre l'emploi de la clause à ordre dans les obligations hypothécaires, l'on a affirmé que l'hypothèque en tant que droit réel n'était pas susceptible d'être transmise par

(1) Le code civil. Livre du centenaire p. 208.

un mode de cession qui ne peut s'appliquer qu'à des créances personnelles et mobilières (1). A l'appui de cette théorie, l'on fait valoir que, pour assurer le paiement des créances cessibles par endossement, la loi a multiplié les précautions, elle a institué des garanties spéciales, telles que la solidarité de tous les endosseurs, l'aval, le protêt, garanties qui excluent toute idée de sûreté réelle. Si une garantie hypothécaire pouvait être attachée à ces créances, toutes ces précautions deviendraient inutiles et, par conséquent, injustes. A cette objection, l'on peut répondre que le législateur, pour assurer le paiement des effets de commerce à l'échéance et en faciliter la circulation, a institué un système de garantie plus simple et moins coûteux que ne l'est l'hypothèque; rien ne s'oppose à ce que les effets de commerce soient, en outre, garantis par une hypothèque, et si habituellement il n'en est pas ainsi, c'est parce que les garanties spéciales instituées en faveur des effets de commerce sont considérées comme suffisantes. Nous ferons remarquer de plus que ces mesures n'ont été instituées qu'en faveur des effets de commerce; or, nous savons que les effets de commerce ne sont pas les

(1) Massé t. IV n° 2896. Cabantous, note sous cass. 21 février 1838. S. 38.1.209. — Dalloz. Plaidoirie devant la cour de cassation e 18 novembre 1833. D. 33.1.353. — Bucquoy. *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1864 p. 52. — De Folleville. *Traité de la possession des meubles et des titres au porteur* n° 162.

seuls titres de créance pouvant être revêtus de la clause à ordre.

Cette théorie aboutirait à des conséquences inadmissibles; par le fait de l'endossement, seule l'obligation de payer serait cédée, alors que l'hypothèque ne pourrait être transmise que conformément à l'art. 1690 du Code civil; cela reviendrait à dire que l'hypothèque serait susceptible d'être détachée de la créance qu'elle garantissait et de n'appartenir à personne (1), ce qui est contraire au principe que l'accessoire doit toujours suivre le principal.

Pour combattre l'emploi des clauses à ordre et au porteur dans les obligations hypothécaires, l'on a encore invoqué les articles du Code civil.

Selon l'art. 2152, « il est loisible à celui qui a requis une inscription, ainsi qu'à ses représentants ou cessionnaires par acte authentique de changer sur le registre des hypothèques le domicile par lui élu, à charge d'en choisir et indiquer un autre dans le même arrondissement ». En spécifiant que la cession doit avoir eu lieu par acte authentique, les rédacteurs du Code ont, dit-on (2), profité de cet article pour établir que la cession d'une créance hypothécaire ne peut valablement être faite que par acte authentique, ce qui condamne toute cession par endossement ou par simple remise du titre.

(1) Dijon 5 août 1858. S. 59.2.50.

(2) De Folleville précité. — Chambéry 20 juillet 1871. S. 71.2.272.

Cette opinion attribuée à l'art. 2152 un sens qu'il ne saurait avoir. Loin d'édicter les formes de la cession d'une créance hypothécaire, cet article ne règle qu'une question spéciale, celle du changement de domicile élu dans l'inscription.

Enfin, l'on a fait valoir que l'emploi des clauses à ordre et au porteur dans les obligations hypothécaires portait atteinte au principe de la publicité des hypothèques. Aux termes de l'art. 2148 du Code civil, l'inscription sur les registres hypothécaires doit mentionner les nom, prénoms, domicile et profession du créancier; cette prescription ne peut être observée lorsque les obligations sont à ordre ou au porteur, car dans ce cas le véritable créancier est inconnu. La discussion a perdu beaucoup de son intérêt depuis que l'art. 2148 a été modifié par la loi du 1^{er} mars 1918. Aux termes de l'instruction générale du 17 mai 1918, il n'y a plus lieu, pour apprécier la validité d'une inscription, de s'attacher à l'ancienne distinction des énonciations substantielles et des énonciations non substantielles; l'omission dans l'inscription d'une ou de plusieurs des énonciations prescrites par l'art. 2148 n'est susceptible d'entraîner la nullité de l'inscription que s'il en résulte un préjudice pour les tiers; or, c'est le créancier qui est le premier intéressé à ce que son nom figure exactement dans l'inscription; s'il omettait de se faire connaître, il serait exposé à être victime d'une mainlevée consentie frauduleusement par son cédant, il aurait, en outre à subir les conséquences

des notifications et sommations qui seraient faites à la personne dont le nom figure dans l'inscription. Quant aux tiers, l'on aperçoit difficilement comment la mention inexacte du véritable créancier pourrait leur porter préjudice. Lorsque l'inscription leur dit que tel immeuble sur lequel ils veulent prêter est grevé d'hypothèques jusqu'à concurrence de telle somme, qu'ont-ils besoin d'en savoir davantage? La situation hypothécaire de l'immeuble n'est pas modifiée par suite du changement qui peut se produire dans la personne du créancier.

Notons que si, pour une raison quelconque, un tiers voulait entrer en relations avec le véritable créancier, il n'aurait, pour le connaître qu'à s'adresser au notaire rédacteur de l'acte par l'intermédiaire de qui s'effectue le plus souvent le service des intérêts.

CHAPITRE III

Nature juridique des clauses à ordre et au porteur.

L'insertion des clauses à ordre et au porteur dans les obligations hypothécaires étant pleinement valable, il nous reste à étudier quelles vont en être les conséquences; à cet effet, il est indispensable de déterminer tout d'abord la nature juridique des relations existante entre le débiteur et le porteur du titre à l'échéance. C'est principalement pour expliquer le phénomène de l'inopposabilité des exceptions, qui est considéré généralement comme une conséquence nécessaire des clauses à ordre et au porteur, que les auteurs se sont ingéniés à déterminer les principes juridiques qui servent de base à la théorie des titres à ordre et au porteur. Cette question, bien que déjà ancienne, est toujours fort discutée.

Parmi les opinions émises, il faut distinguer deux conceptions : 1° Le porteur à l'échéance serait investi d'un droit qui lui est propre. 2° Le porteur à l'échéance ne serait que le cessionnaire des précédents porteurs.

A. Théories du droit propre

En vue d'établir que le porteur du titre à l'échéance est investi d'un droit que ne possédaient pas les précédents porteurs, plusieurs théories ont été émises. Les unes font naître le droit du porteur à l'échéance d'un acte juridique indépendant du contrat passé entre le souscripteur et le premier porteur. Les autres, au contraire, voient la source de ce droit dans le contrat primitif.

1° *Théories exclusives de l'idée de contrat.* — Ces théories, d'origine allemande, peuvent s'énoncer ainsi :
a) théorie de la personnification; b) théorie de l'engagement unilatéral.

a) *Théorie de la personnification.* — D'après cette théorie, c'est le titre lui-même qui est seul créancier. Il s'en suit que la personne du créancier se transmet de mains en mains pour s'arrêter définitivement entre les mains du dernier porteur qui ne sera, en quelque sorte, que le mandataire du titre, l'intermédiaire entre le titre et le débiteur (1). Bien qu'elle paraisse avoir inspiré un arrêt de Cour d'appel française (2), cette théorie ne paraît pas soutenable; on ne saurait admettre qu'un titre, c'est-à-dire un morceau de papier puisse être créancier, la

(1) Wahl. *Traité théorique et pratique des titres au porteur*. t. I n° 246.

(2) Aix 3 décembre 1888. S. 89.2.25.

notion de créancier implique nécessairement la notion de personne. De plus, le porteur, nous dit-on, ne serait que mandataire du titre; or, nous savons qu'un mandataire lorsqu'il agit dans l'intérêt de son mandant, ne garde pas pour lui le bénéfice de l'opération; dans cette théorie, au contraire, c'est le patrimoine du mandataire qui bénéficie, seul, du paiement du titre.

b) *Théorie de l'engagement unilatéral.* — Pour exposer cette théorie qui a été consacrée dans une certaine mesure par le Code civil allemand (art. 130 et 145), nous ne pouvons faire mieux que de citer M. Saleilles : « La création du titre fonde l'obligation, celle-ci résulte d'un acte unilatéral et non d'un contrat. Le droit qui est incorporé au titre ne passe pas aux porteurs successifs par voie de cession, de telle sorte que chacun soit censé tenir son droit d'un précédent porteur, ni par voie de novation, chaque créancier se substituant l'un à l'autre, mais acquérant un droit propre et direct contre le souscripteur; le droit qui résulte du titre consiste dans une obligation dont le créancier demeure incertain; la volonté incarnée dans le titre constituant un engagement ferme, indépendant de toute acceptation. Le droit se conserve alors qu'il n'existe aucun titulaire du droit comme, par exemple, en cas de perte du papier, ou encore dans le cas où il revient aux mains du débiteur. Enfin, l'indétermination sur la personne de l'ayant droit cesse, par la présentation du titre, chaque porteur successif est créancier

éventuel, celui-là seul est créancier définitif qui présente le titre (1).

Bien que, dans certains cas exceptionnels, tels que le testament, la gestion d'affaire, une simple manifestation de volonté soit susceptible de donner naissance à une obligation, cette théorie de la volonté unilatérale créatrice d'obligation, nous paraît trop éloignée des principes de notre droit pour pouvoir être généralisée. Ainsi que le fait remarquer M. Thaller, la vieille notion du *vinculum juris* est imposée par le bon sens, la conception d'un débiteur sans créancier est presque une monstruosité. « L'obligation est une force passive de contrainte, une diminution de notre liberté. Il est indispensable que cette diminution de notre personne accroisse d'une quantité égale la personne et le pouvoir agissant d'un autre. Aucune argutie n'expliquera qu'un individu soit tenu vis-à-vis du néant. »

2° Théories basées sur l'idée de contrat.

a) *Théorie de la stipulation pour autrui.* — Selon cette théorie, surtout admise en Allemagne, il intervient entre le souscripteur et le premier porteur, un contrat dans lequel le premier preneur, en même temps qu'il stipule

(1) Saleilles. Essai sur la théorie générale de l'obligation d'après le projet du code civil pour l'empire allemand n° 277. Voir également Thaller. Nature juridique du titre de crédit n° 49 et suivants. — Wahl. t. I n° 243 et suivants. — Tissier. Note sous cass. 9 novembre 1896. S. 97.1.161.

pour lui, stipule également pour celui qui sera porteur le jour de l'échéance; celui-ci aura donc un droit propre, ne passant pas dans le patrimoine du stipulant ni dans celui des précédents porteurs.

Cette conception est facilement réfutable. La stipulation pour autrui est une opération destinée à faire naître un droit au profit d'un tiers qui n'y est pas partie; le bénéfice à retirer par ce tiers est la fin de l'opération; or, il est impossible d'admettre que le premier preneur en contractant avec le souscripteur, n'a eu en vue que l'intérêt de celui qui sera porteur du titre à l'échéance. De plus, une stipulation pour autrui étant révocable tant que le bénéficiaire n'a pas déclaré vouloir en profiter, il faudrait admettre, ce qui n'est pas admissible, que le premier preneur eût le pouvoir d'arrêter, par sa seule volonté la circulation du titre.

b) *Théorie de l'offre à personne indéterminée.* — En souscrivant un titre à ordre ou au porteur, le débiteur est censé accepter à l'avance pour créancier la personne à qui le titre sera transmis; en même temps qu'il est l'expression d'un contrat intervenant entre le souscripteur et le preneur, le titre à ordre ou au porteur contient l'offre d'un autre contrat dont le bénéficiaire, encore indéterminé, sera le porteur à l'échéance.

Cette théorie entraîne des conséquences inacceptables. Le débiteur fait dit-on, une offre de payer entre les mains du porteur à l'échéance. le contrat ne se formera donc

que lorsque ce porteur aura accepté; entre ces deux moments, il pourra s'écouler un temps assez long pendant lequel le débiteur aura la faculté de retirer son offre; il faudrait donc admettre que le débiteur pût, par sa seule volonté rendre impossible toute circulation du titre. On peut encore concevoir que, pendant ce délai, l'offre devienne caduque par le décès du débiteur, ce qui aurait pour résultat de libérer les héritiers du débiteur, de toute obligation envers le porteur à l'échéance.

c) *Théorie de la délégation.* — D'après cette théorie, magistralement soutenue par M. Thaller, le porteur du titre à l'échéance est créancier, en vertu d'une délégation faite à son profit. L'endossement ou la transmission du titre doit être considéré comme un ordre donné au débiteur de se prêter à une substitution de créancier, de contracter envers le nouveau porteur un engagement de même nature que celui dont le débiteur était tenu jusque-là envers son créancier. Quant à l'acceptation qui a pour effet de lier le débiteur envers le nouveau porteur, elle résulte de la souscription même du titre; celui qui s'engage à l'ordre de son créancier ou envers le porteur de la créance consent à ce que son créancier se substitue une autre personne dans son droit et ratifie par avance cette substitution (1).

(1) Thaller, *Nature juridique du titre de crédit* n^{os} 58 et 59.

Cette théorie, très ingénieuse, expliquant parfaitement le phénomène de l'opposabilité des exceptions, présente cependant un certain nombre d'imperfections qui nous empêcheront de l'admettre.

1° Comme l'obligation du délégué envers le délégataire résulte de l'acceptation qu'il a faite de la délégation et est indépendante de toute relation juridique existant antérieurement entre le délégant et le délégué, il est impossible que le délégataire bénéficie des sûretés qui garantissaient la créance du délégant sur le délégué; en d'autres termes, la théorie de la délégation est impuissante à expliquer la transmission des sûretés.

M. Thaller, pour répondre à cette objection, distingue deux cas (1).

a) S'agit-il d'une garantie constituée tout exprès au profit de la traite? Le souscripteur s'est tacitement engagé à respecter cette garantie quand même il se produirait plus tard un changement de créancier (art. 1278, *in fine*). »

Cette explication ne nous paraît pas admissible. L'article 1278 du Code civil est ainsi conçu : « Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés. » Il est donc indispensable pour que les privilèges et hypothèques soient maintenus,

(1) Nature juridique du titre de crédit n° 82 en note.

qu'une mention expresse soit insérée dans l'acte, un simple engagement tacite ne saurait être suffisant.

Supposons néanmoins qu'un simple engagement tacite puisse être efficace, la difficulté ne serait pas, pour cela, résolue car, selon nous, l'art. 1278, relatif à la novation, ne peut s'appliquer à la délégation que lorsque celle-ci entraîne novation, ce qui est l'exception.

Que se passe-t-il, en effet, lorsqu'un créancier transmet par voie de délégation sa créance à une autre personne? Il charge son débiteur de se libérer entre les mains de cette personne moyennant quoi il le considérera comme libéré à son égard; le débiteur accepte et s'engage à effectuer le paiement. Cette nouvelle dette qu'il contracte envers le délégataire n'est-elle celle qu'il avait vis-à-vis du délégant? Nous ne le pensons pas car la novation ne se présume point; il n'en serait autrement que si les parties l'avaient expressément déclaré. Donc, en droit commun, si aucune stipulation contraire n'intervient (ce qui serait le cas si la transmission de la créance par endossement ou par remise du titre devait s'expliquer par l'idée de délégation) la nouvelle créance du délégataire contre le délégué laisse subsister la créance que le délégant avait sur le délégué et qui, seule, continue à être garantie par les sûretés (1).

(1) Voir Hubert. Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français. Thèse Poitiers 1899 n° 182.

b) « S'agit-il de garanties résultant de la provision ou des dettes très variables dont les négociations de l'effet ont déterminé le règlement? Ces sûretés-là invisibles à la lecture ont vraiment été l'objet de cessions avec les créances qu'elles accompagnent. » Cet appel à l'idée de cession prouve suffisamment, à notre sens, l'impossibilité d'expliquer la transmission des sûretés par la seule notion de la délégation. Sans doute, en vertu du principe de la liberté des conventions, les parties pourront faire produire à la délégation certains effets de la cession de créance, décider, par exemple, que les sûretés seront transportées et passeront de la créance du délégant à celle du délégataire; mais comme ce résultat est contraire à l'idée de délégation, il ne peut être obtenu que par une stipulation expresse insérée dans l'acte (1); or, pareille clause n'accompagne jamais l'endossement d'un titre à ordre, il est impossible qu'elle intervienne dans la transmission d'un titre au porteur.

2° Si le porteur à l'échéance est créancier en vertu d'une délégation, il ne pourra pas, comme c'est le cas pour le porteur d'une obligation hypothécaire négociable, invoquer le bénéfice de la formule exécutoire insérée dans l'acte passé entre le délégant et le délégué. Bien que les parties puissent, d'un commun accord, diminuer la distance existant entre la cession de créance et la délégation

(1) Hubert n° 146.

au point qu'il soit parfois difficile de savoir si l'on est en présence de l'une ou de l'autre des deux opérations. il existe cependant une limite à cette assimilation; il reste vrai que la délégation n'est pas une cession et qu'elle emporte toujours une nouvelle obligation; par suite, le délégataire ne pourra exciper contre le délégué de certaines qualités, telle que la force exécutoire, inhérentes à la créance même du délégant et qu'il est impossible d'en séparer (1). Le porteur d'une obligation hypothécaire négociable serait donc obligé de prendre jugement pour exécuter le débiteur, ce qui n'est pas admissible.

3° Lorsqu'un créancier transmet son titre de créance par endossement ou par simple remise de la main à la main, il est bien peu probable qu'il ait en vue cette opération compliquée qu'est la délégation; une cession de créance est assurément plus conforme à son intention (2).

B. *Théorie de la cession.*

A l'opposé des théories qui enseignent que le porteur à l'échéance possède un droit qui lui est propre, la théorie que nous exposons affirme que le droit du porteur à l'échéance n'est autre que le droit qu'avait le premier preneur et qui a été successivement oédé à tous les porteurs du titre. Le porteur à l'échéance apparaît donc

(1) Hubert n° 146.

(2) Consulter la note de M. Capitant sous Toulouse 4 avril 1895, D. 98,2.337

comme un ayant cause, un cessionnaire de tous ceux qui ont eu avant lui la propriété du titre (1). A cette théorie une grave objection est faite; si vraiment le porteur à l'échéance n'est qu'un cessionnaire des porteurs précédents, comment expliquer que les exceptions qui étaient opposables à ses ayants cause ne puissent pas lui être opposées : « *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet* » dit un vieil adage.

Certains auteurs (2) désireux de donner satisfaction à la logique et de respecter en même temps l'intention des parties, ont fait de la transmission des titres à ordre et au porteur, une opération hybride : à l'idée de cession ils ont juxtaposé celle d'engagement direct envers le porteur. Cette conception nous paraît inadmissible; le droit du porteur est, soit un droit cédé, soit un droit propre, mais il ne peut présenter en même temps ces deux caractères absolument inconciliables.

Ainsi que nous venons de le voir l'accord est loin d'être fait entre les auteurs au sujet de la nature juridique des droits du porteur à l'échéance.

Si nous consultons la jurisprudence, nous constatons qu'elle n'est pas mieux fixée que la doctrine. Lorsque, contrairement à son habitude, elle a énoncé les principes

(1) Voir en ce sens Wahl, t. I n° 280. Bodin. Revue pratique de droit français t. V p. 152 et 153.

(2) Bravard-Veyrières. Traité de droit commercial t. III n° 138. — Boistel. Traité de droit commercial n° 754. — Beudant. Note sous cass. 8 mai 1878, D. 78, I, 241.

sur lesquels elle s'est basée, les solutions qu'elle a données ont été contradictoires.

La conception que le porteur est créancier direct du débiteur se trouve très nettement exprimée dans un arrêt de cassation du 9 novembre 1896, S. 97.1.161. « Attendu que les obligations sous forme authentique, payables au porteur de la grosse sont licites... que, dans ces sortes d'obligations le débiteur accepte d'avance pour ses créanciers directs tous ceux qui en deviendront successivement porteurs; qu'il suit de là que le porteur est investi d'un droit qui lui est propre... » La même idée se retrouve dans les arrêts suivants : Cass., 18 mars 1850, S. 50.1.254. — Cass. 3 juin 1891, S. 91.1.296. — Besançon, 28 juin 1903, D. 07.2.166, relatifs à des titres à ordre; Cass., 31 octobre 1906, D. 08.1.497. — Cass., 18 janvier 1911, D. 1916.1.231, relatifs à des titres au porteur.

Nous lisons, par contre, dans un arrêt de Paris du 3 février 1891, S. 94.2.301 confirmé par la Cour de Cassation. « Considérant qu'il est manifeste que les tiers porteur par voie d'endos ou le simple porteur sont toujours des cessionnaires... » Cette conception a été admise par les arrêts suivants : Cass., 8 mai 1878, D. 78.1.241. — Cass., 7 mai 1879, S. 79.1.421. — Cass., 31 juillet 1893, D. 93.1.139, relatifs à des titres à ordre, Bordeaux, 7 février 1846, S. 46.2.321, relatif à des titres au porteur. Quel parti allons-nous prendre dans cette discussion. Si, repoussant les théories abstraites de l'école allemande, nous reconnaissons qu'un contrat est intervenu entre le

souscripteur et le premier porteur, il paraît bien difficile de ne pas admettre que le porteur à l'échéance agisse comme cessionnaire des droits du porteur primitif. Cette idée de cession, séduisante par sa simplicité, est la seule qui tienne compte de l'intention des parties. Les théories du droit propre nous apparaissent comme des constructions établies après coup dans le but d'expliquer certains phénomènes spéciaux accompagnant la transmission de certains titres à ordre et au porteur.

Si nous admettons que le droit du porteur à l'échéance est un droit cédé, comment expliquer que le débiteur ne puisse plus opposer au porteur à l'échéance les moyens de défense qu'il pourrait avoir contre les porteurs précédents; comment peut-il se faire qu'un cessionnaire puisse avoir plus de droits que son cédant? Pour expliquer ce phénomène, nous choisirons pour raisonner la matière des effets de commerce dans laquelle la règle de l'inopposabilité des exceptions n'a jamais été mise en doute.

L'on sait que les effets de commerce ont notamment comme fonction de servir d'instruments de crédit; ils donnent à une personne temporairement à court d'argent le moyen de s'en passer. Un commerçant, par suite d'un achat de marchandise, par exemple, a un paiement à effectuer, mais il est momentanément dénué d'argent; par contre, il est créancier d'une tierce personne, d'un client à qui il a vendu de la marchandise. Cette créance est constatée, soit par une lettre de change, qu'il aura tirée sur son acheteur, soit par un billet à ordre qu'aura

souscrit ce dernier. Pour régler sa dette le commerçant remettra à son créancier, à la place d'argent, le titre qu'il aura en sa possession.

Pour qu'un effet de commerce puisse jouer ainsi le rôle de monnaie il est nécessaire que celui qui le reçoit puisse lui-même s'en servir pour régler ses dettes. Pour qu'il soit capable de circuler ainsi facilement il faut que l'effet de commerce représente effectivement la valeur pour laquelle il a été émis; celui à qui il a été remis en paiement ne doit pas craindre de voir son droit, à l'échéance, paralysé par des moyens de libération inconnus de lui.

L'inopposabilité des exceptions étant indispensable pour que les effets de commerce puissent jouer leur rôle de monnaie commerciale, le débiteur, par le fait même qu'il souscrit une lettre de change ou un billet à ordre, est censé renoncer à opposer au porteur, à l'échéance, les exceptions nées du chef des porteurs précédents. L'inopposabilité des exceptions nous apparaît comme une dérogation conventionnelle au droit commun; de même que la garantie solidaire prévue par l'art. 140 du Code de commerce et la prohibition de faire opposition édictée par l'art. 149 du Code de commerce, l'inopposabilité des exceptions est une mesure exceptionnelle ayant pour but de faire des effets de commerce une monnaie commerciale.

Le porteur à l'échéance d'un titre à ordre ou au porteur, est donc, selon nous, un cessionnaire, seulement la cession d'un titre à ordre ou au porteur ne produira

pas toujours les mêmes effets. Si le titre est destiné à jouer le rôle de succédané de la monnaie, les dispositions exceptionnelles instituées en faveur des effets de commerce recevront leur application, sinon c'est le droit commun qui devra s'appliquer. Afin de pouvoir déterminer les effets qui doivent résulter de la cession d'un titre quelconque contenant la clause à ordre ou au porteur, il faut considérer le but que les parties ont poursuivi en donnant au titre la forme négociable (1).

(1) Voir en ce sens Thaller. *Nature juridique du titre de crédit* n° 100 et suivants.

CHAPITRE IV

Etude des différentes questions que soulève l'emploi des clauses à ordre et au porteur dans les obligations hypothécaires.

Section I. — Naissance de l'obligation.

La constitution d'une hypothèque conventionnelle est un des rares contrats solennels qui existent encore dans notre droit; le Code civil dans son art. 2127 exige, pour sa validité qu'elle soit passée par devant notaire.

Bien que la question ait été jadis discutée, il est admis aujourd'hui en doctrine et en jurisprudence (1) que cet acte peut être rédigé en brevet. Ce mode de rédaction présente l'avantage d'éviter des frais et, pour cette raison, il est assez fréquemment employé pour les constitutions d'hypothèque de peu d'importance. En outre, pour les obligations négociables, ce procédé écarte

(1) Voir not. jugement du tribunal de Blidah du 5 avril 1870 confirmé par un arrêt de la cour d'Alger du 7 mai 1870 S. 71.2.105 et la note de M. Lyon-Caen.

le danger pour le débiteur d'être obligé de payer au porteur de la grosse après s'être déjà libéré entre les mains du créancier primitif dont le nom figure sur la minute. Cet avantage a paru si important que M. Beudant a pensé qu'« il serait prudent de n'admettre le cession par endossement des obligations notariées qu'autant qu'elles seraient reçues en brevet » (2).

Qu'elle soit rédigée en minute ou en brevet, l'obligation hypothécaire du fait qu'elle contient la clause à ordre ou au porteur n'est-elle pas soumise à des conditions de forme particulières?

a) *Obligation à ordre.* — L'art. 188 du Code de commerce, relatif au billet à ordre est ainsi conçu : « Le billet à ordre est daté. Il énonce la somme à payer, le nom de celui à l'ordre de qui il est souscrit, l'époque à laquelle le paiement doit s'effectuer, la valeur qui a été fournie en espèces, marchandises, en compte ou de toute autre manière. » Quelles sont, parmi ces mentions, celles qui doivent figurer nécessairement dans une obligation hypothécaire à ordre? Selon nous, l'indication de la somme à payer et le nom de celui à l'ordre de qui l'acte est souscrit sont les deux seules mentions indispensables; leur absence rendrait l'acte informe. La date, l'échéance, la valeur fournie ne peuvent être exigées que dans un effet de commerce qui, vu le rôle particulier qu'il est appelé

(2) Note sous cass. 8 mai 1878. D. 78. 1. 241.

à jouer, est soumis à des règles de formes rigoureuses. A l'appui de notre affirmation nous ferons valoir qu'il est admis, en droit commercial, qu'un billet à ordre ne remplissant pas les conditions de forme de l'art. 188 ne peut pas être considéré comme un effet de commerce, mais n'en reste pas moins valable comme simple promesse à ordre, transmissible par endossement (1).

b) *Obligation au porteur.* — La rédaction d'une obligation au porteur ne diffère de celle d'une obligation à ordre qu'en ce qui concerne la désignation du créancier primitif. Le plus souvent les noms des deux parties contractantes sont indiqués dans l'acte; le débiteur promet de se libérer entre les mains de son prêteur ou du porteur du titre. Mais, pour une raison quelconque, le bailleur de fonds peut avoir intérêt à ne pas se faire connaître; dans ce cas, le débiteur peut-il s'engager envers le « porteur de la grosse » sans autre désignation du créancier? La validité d'un acte ainsi libellé ne paraît pas pouvoir être mise en doute (2); l'on admet bien sans difficulté qu'une obligation ordinaire puisse être souscrite en faveur du porteur, l'on ne voit pas pourquoi l'adjonction d'une garantie hypothécaire rendrait ce mode de rédaction non valable.

(1) Lyon-Caen et Renault t. IV n° 534. — Cass. 11 avril 1849. S. 49.1.305.

(2) Cons. Wahl. I n° 159.

Jusqu'ici nous avons supposé que la clause à ordre ou au porteur se trouvait insérée dans l'acte constitutif d'hypothèque. Lorsqu'il s'agit de prêts d'une certaine importance, le débiteur souscrit souvent en représentation de sa dette, un certain nombre de billets à ordre ou au porteur (1). Ce procédé, dont la validité avait été discutée en 1850 devant l'Assemblée législative, présente l'avantage de donner plus de mobilité aux créances hypothécaires. Envisageons le cas d'une créance hypothécaire de 50.000 francs; supposons que le créancier ait besoin d'une partie de ses fonds, de 10.000 francs, par exemple; si sa créance n'est pas fractionnée en un certain nombre de billets, il va être obligé de la céder en totalité, chose qui ne lui sera certainement pas aisée : il lui faudra trouver une personne qui ait 50.000 francs disponibles. A supposer qu'il rencontre un capitaliste disposé à lui acheter sa créance, la cession de cette créance va lui

(1) En ce qui concerne la forme de ces billets l'on s'est demandé si la formule du « bon ou approuvé » prévu par l'art. 1326 du code civil devait être observée. Bien que certains auteurs (Lyon-Caen et Renault t. IV n° 509. Boistel n° 839) aient soutenu la négative il ne paraît pas douteux que l'art. 1326 doive être appliqué car ces billets n'acquièrent pas le caractère commercial du fait qu'ils contiennent la clause à ordre ou au porteur : c'est d'ailleurs ce qui est admis par la jurisprudence et par la grande majorité des auteurs. Voir not. cass. 6 mai 1878. D. 78.1.367. Cass. 20 décembre 1892. S. 95.1.71. — Aubry et Rau. Cours de droit civil français 4^e édit. t. VIII § 756. — Demolombe. Cours de code Napoléon t. XXIX n° 474.

procurer plus d'argent qu'il n'en désire et il sera obligé de rechercher un nouveau placement. Supposons, à présent, qu'en représentation de sa dette, le débiteur ait souscrit dix billets de 5.000 francs chacun; pour se procurer les 10.000 francs qui lui sont nécessaires, le créancier n'aura qu'à céder deux billets à deux personnes différentes au besoin; il trouvera d'autant plus facilement preneur que la somme demandée sera moins considérable.

Si la création de billets distincts du titre constitutif d'hypothèque a pour résultat de favoriser le crédit hypothécaire, ce procédé est toutefois susceptible d'occasionner certaines fraudes; en conséquence, son emploi doit être entouré de certaines précautions. Si aucune relation apparente n'existe entre l'obligation hypothécaire et les billets souscrits, le créancier primitif pourra être tenté d'abuser de la situation en cédant la grosse de l'obligation, puis les billets, le débiteur, dans ce cas, sera exposé, s'il ne se méfie pas, à payer deux fois sa dette, d'abord au cessionnaire de l'obligation, puis aux porteurs des billets. Une autre fraude est facile à concevoir; supposons que le créancier ait cédé les billets tout en conservant la grosse de l'obligation, il pourra, bien qu'étant rentré dans ses fonds, se faire colloquer, dans un ordre ouvert sur les biens du débiteur en fraude, des droits des porteurs de billets. Il pourra encore, par collusion, faire opérer la radiation de l'hypothèque inscrite à son nom,

Ces fraudes seront rendues impossibles, si le notaire a soin de mentionner dans l'acte constitutif d'hypothèque, la création de billets distincts; de cette façon, la grosse perdra toute valeur si les billets n'y sont pas joints. Une bonne précaution consistera également à faire apposer sur chaque billet un visa du notaire rédacteur de l'acte, dans le but d'éviter la multiplication frauduleuse des billets émis en représentation d'une même obligation.

Section II. — Transmission de l'obligation.

§ 1^{er}. — Transmission à titre onéreux.

a) *Obligation à ordre.* — Ainsi que nous l'avons vu, la créance, ainsi que sa garantie hypothécaire, seront valablement transmises à l'égard des tiers par le fait de l'endossement. En principe, c'est sur le titre même que l'endossement doit être inscrit. Il en est ainsi lorsque l'obligation est passée en brevet. Si l'acte constitutif est en minute, l'endossement figurera, non pas sur le titre lui-même, qui reste entre les mains du notaire, mais sur la grosse, qui constitue pour le créancier ou son cessionnaire le véritable titre de créance.

L'endossement ne pourrait pas être inscrit sur une expédition, car une telle copie peut être délivrée en

nombre indéfini, de telle sorte que le débiteur, à qui elle serait représentée, revêtue d'un endos au profit d'un tiers, ne pourrait pas être assuré qu'ultérieurement il ne lui en serait pas représenté d'autres revêtues d'endossement, au profit de bénéficiaires différents (1).

Les formes prévues par l'art. 137 du Code de commerce devront-elles être observées pour l'endossement des obligations hypothécaires à ordre?

Selon certains auteurs (2) les formes édictées par l'art. 137 du Code de commerce et la sanction prévue par l'art. 138 (3) doivent être appliquées à tous les titres à ordre, la loi ne faisant aucune distinction entre les titres civils et les titres commerciaux; en conséquence, si l'endossement ne contient pas toutes les mentions prescrites par l'art. 137, il ne vaut que comme procuration. Cette conception nous paraît erronée. Ainsi que nous l'avons précédemment fait remarquer, les effets de commerce, eu égard au rôle qu'ils sont appelés à jouer, occupent, dans notre droit, une place à part; le législateur en a fait des actes solennels; comme les obligations

(1) Lyon 2 juin 1909. Le Droit 21 octobre 1909.

(2) Lyon-Caen et Renault. t. IV n. 157.

(3) Art. 137 code com. L'endossement est daté. Il exprime la valeur fournie. Il énonce le nom de celui à l'ordre de qui il est passé.

Art. 138. code com. Si l'endossement n'est pas conforme aux dispositions de l'article précédent il n'opère pas le transport; il n'est qu'une procuration.

hypothécaires à ordre ne peuvent, en aucune façon, être assimilées à des effets de commerce, il n'y a pas de raison pour les soumettre au même régime de rigueur (1). A l'appui de notre opinion nous pouvons invoquer la loi du 14 juin 1865 qui, dans son art. premier, dernier alinéa, énonce que le chèque peut être transmis même par un endossement en blanc, qui est le plus irrégulier qu'on puisse rencontrer.

Quelles sont parmi les mentions énumérées par l'art. 137 celles qui doivent figurer dans l'endossement d'une obligation hypothécaire à ordre?

La nécessité d'exprimer la valeur fournie ne saurait se concevoir; cette mention est exigée dans l'endossement de change pour justifier le recours du porteur contre l'endosseur en cas de non paiement, elle vaut en effet reconnaissance de dette de la part de l'endosseur envers celui à qui le titre est transmis; sans l'indication de la valeur fournie, l'endossement pourrait être considéré comme une simple procuration ne donnant au porteur aucune action en garantie. Ainsi que nous le verrons ultérieurement, cette obligation pour l'endosseur de garantir le paiement à l'échéance est propre à la matière des effets de commerce et n'existe pas en cas de transmission d'une obligation hypothécaire à ordre.

(1) Voir en ce sens Thaller. Nature juridique du titre de crédit n° 109. — Bédarride. De la lettre de change du billet à ordre et de la prescription n° 314. — Cass. 12 juillet 1820, S. 24.1.200

Bien que l'indication de la date soit utile pour apprécier la capacité de l'endosseur lors de la cession, cette mention n'est toutefois pas indispensable, le Code civil, sauf en ce qui concerne le testament olographe, ne considérant pas l'absence de date dans un acte sous seing privé comme une cause de nullité.

Supposons que l'endossement soit daté, quelle sera la valeur de cette date vis-à-vis des tiers? L'endossement des effets de commerce, tel qu'il est prévu par le Code de commerce, n'est pas soumis, quant à sa date, aux dispositions de l'art. 1328 du Code civil. Pour la généralité des actes commerciaux, la date peut être établie par les différents moyens énumérés par l'art. 109 du Code de commerce. En ce qui concerne l'endossement des effets de commerce, le législateur est allé plus loin; vu l'importance considérable que présente pour certains tiers l'époque à laquelle sont transmis les effets de commerce, le législateur a voulu que l'endossement fasse foi de sa date par lui-même afin qu'aucune contestation ne puisse avoir lieu à ce sujet. A cet effet, il a décidé que tout endossement devait être daté sous peine de ne valoir que comme procuration et, afin que cette date présente un caractère de certitude, il a édicté la peine du faux, c'est-à-dire les travaux forcés, contre celui qui aura été reconnu coupable d'avoir antidaté un ordre. Par suite de ces dispositions, la date de l'endossement d'un effet de commerce peut être considérée comme aussi certaine que si les formalités de l'art. 1328 avaient été observées.

Quittons maintenant la matière des effets de commerce; l'endossement d'un acte civil à ordre bénéficiera-t-il également de la date certaine? C'est là une question qui n'a certainement pas été prévue par le législateur et sur laquelle les auteurs paraissent avoir évité de se prononcer (1).

L'affirmative ne nous paraît pas soutenable, les dispositions que le législateur a prises pour rendre certaine la date de la transmission des effets de commerce sont inapplicables en droit civil. Il n'est pas douteux, selon nous, que l'art. 139 du Code de commerce, qui considère comme faussaire celui qui antidate un ordre soit spécial aux effets de commerce et ne puisse être appliqué en matière civile, toute disposition pénale devant être interprétée restrictivement. De plus, vu les termes généraux dans lesquels est rédigé l'art. 1328, il paraît difficile d'admettre que l'endossement d'un titre à ordre, à caractère civil, ne soit pas soumis à cet article (2).

(1) Voir Thaller. Nature juridique du titre de crédit n° 94.

(2) La loi du 22 frimaire de l'an VII art. 70 § 3 n° 15 exemptant des formalités de l'enregistrement « les endossements et acquits des lettres de change, de billets à ordre et de tous autres effets négociables », l'on s'est demandé si l'endossement des obligations notariées stipulées payables à ordre devait bénéficier de cette disposition. Bien que la loi soit rédigée en terme généraux il est admis que l'endossement d'une obligation civile n'étant autre chose qu'une cession de créance est soumis au droit proportionnel de 1 0/0. Cass. 5 pluviôse an XI. S. chron. — Décision du Ministre des Finances 27 décembre 1808. Journal des Notaires et des Avocats art. 183. — Jug. trib. Chalon-sur-Saône 12 juin 1876. Journal des Notaires et des Avocats art. 15857. — Wahl. Traité de droit fiscal t. I n° 343. — Defrenois. Traité pratique et formulaire du notariat art. 11.222

Enfin, en refusant aux tiers le droit de contester la date de l'endossement, ce serait les exposer à être victimes de manœuvres frauduleuses; rien ne serait plus facile, par exemple, au porteur d'une obligation à ordre de la soustraire aux effets d'une saisie-arrêt, il lui suffirait de transmettre sa créance à un compère au moyen d'un endossement qui porterait une date fausse antérieure à la saisie-arrêt (1).

Les décisions de jurisprudence sont rares; la question soumise, à deux reprises, à la Cour de Cassation ne fut pas résolue (2). Nous ne connaissons, sur la matière, qu'un jugement du Tribunal de Versailles du 8 mars 1895 (3). Ce jugement rendu à l'occasion d'une saisie-arrêt pratiquée sur une créance civile à ordre, confirme notre opinion; il décide qu'une saisie-arrêt peut être valablement faite par les créanciers du cédant tant que l'endossement n'a pas obtenu date certaine par l'un des procédés de l'art. 1328. « Attendu que le titre étant à ordre, par cela même le dessaisissement du bénéficiaire et la saisine du cessionnaire constatés en l'endossement consenti par le premier au profit du second, suffisent à opérer *erga omnes* la transmission du titre sans qu'il soit

(1) Consulter l'avis donné par la cour d'Aix lors de l'enquête de 1841 dans les « Documents relatifs au régime hypothécaire » t.1 page 507.

(2) Cass. 21 février 1838. S. 38.1.209. — Cass. 18 mars 1850. S. 50.1.256.

(3) Le Droit, 22 avril 1895,

nécessaire de recourir à la signification ou à l'acceptation authentique de l'art. 1690 du Code civil. Mais attendu qu'en dehors de ces formalités, la cession de créance est comme tous les autres actes soumise aux dispositions générales et absolues de l'art. 1328 qui n'attribue de date certaine aux actes vis-à-vis des tiers que par leur enregistrement... que l'on se trouve en présence d'une créance civile dont le titulaire, malgré toute cession, demeure nanti ou propriétaire jusqu'au jour où l'acte constatant l'aliénation a acquis date certaine à l'égard des tiers... »

Quant à la troisième mention prévue par l'art. 137 du Code de commerce, à savoir le nom de celui à l'ordre de qui l'endossement est passé, elle n'est pas non plus indispensable; l'endossement pourra donc ne contenir que la signature de l'endosseur. Un tel endossement en blanc n'en sera pas moins valable et translatif de propriété. Pour établir son droit sur la créance, le porteur n'aura qu'à inscrire au-dessus de la signature de l'endosseur, la mention relative à son nom. Il s'en suit qu'au moyen de l'endossement en blanc, le titre pourra circuler aussi facilement que s'il était au porteur; il n'y a qu'à supposer que le bénéficiaire du premier endossement ne remplisse pas le blanc existant au-dessus de la signature du créancier primitif et remette à son tour le titre entre les mains d'un autre porteur; dans ce cas, ce n'est que le dernier porteur qui, pour justifier son droit de propriété sur le titre, complètera l'endossement,

Jusqu'à quel moment une obligation à ordre sera-t-elle susceptible d'être transmise? En matière d'effets de commerce on a soutenu que l'endossement n'était possible que jusqu'à l'échéance (1). A l'appui de cette opinion, on a fait valoir qu'à l'échéance le sort d'un effet de commerce est irrévocablement fixé : ou bien le débiteur paye et le contrat est éteint par libération, ou bien le paiement est refusé et alors le titre n'est plus rien par lui-même; il n'y a plus, à proprement parler, d'effet de commerce; il ne reste plus qu'une créance dérivant d'un effet de commerce.

Nous ne discuterons pas le point de savoir si, en droit commercial, cette conception est fondée; nous nous bornerons à remarquer qu'elle ne saurait s'adapter au cas d'une obligation hypothécaire à ordre qui conserve sa force exécutoire même après l'échéance; rien ne s'oppose à ce qu'elle soit transmise jusqu'à son extinction.

b) *Obligation au porteur.* — La transmission d'une obligation au porteur ne soulève pas de difficultés. Les créances constatées par des titres au porteur, ne sont pas, quant à leur transmission, considérées comme des meubles incorporels; le titre au porteur n'est pas simplement le mode de preuve d'une créance, il incorpore la

(1) Pardessus, Cours de droit commercial t. I § 352. — Nouguier De la lettre de change t. I p. 291, Paris 4 janvier 1817. S. 1818.2.12. Limoges 13 juillet 1820. S. 21.2.72. Rennes 15 juillet 1844. S.44.2.434.

créance elle-même; quiconque est possesseur du titre dans le sens de l'art. 2279 du Code civil est, par là même, propriétaire de la créance. Il s'en suit que la propriété de la créance garantie hypothécairement sera valablement transmise par la simple remise du titre entre les mains du cessionnaire, sans qu'aucune formalité supplémentaire ne soit nécessaire.

§ II. — *Transmission à titre gratuit.*

L'endossement, tel qu'il est réglementé par le Code de commerce n'est capable d'opérer la transmission à titre gratuit d'un effet de commerce que si la donation est déguisée sous forme d'un contrat à titre onéreux. Pour que l'endossement d'un effet de commerce soit translatif de propriété, il est nécessaire qu'il exprime la valeur fournie; or, cette mention est inconciliable avec l'idée même de libéralité. Un endossement qui serait causé « pour don » ou d'une manière équivalente, ne vaudrait que comme procuration.

Comme les exigences de l'art. 137 du Code de commerce ne s'appliquent pas à l'endossement d'une obligation hypothécaire à ordre, la transmission à titre gratuit d'une pareille obligation pourra valablement être effectuée par un endossement, sans qu'il soit nécessaire d'indiquer faussement qu'une valeur a été fournie. Il va de soi que s'il s'agit d'une libéralité entre vifs, les formes solen-

nelles des donations devront être observées; ce n'est pas l'endossement lui-même qui devra revêtir ces formes, mais l'acte de donation dont l'endossement ne sera que l'exécution.

Quant aux obligations au porteur, par suite de leur assimilation à des meubles corporels, leur transmission à titre gratuit pourra être valablement réalisée sans l'observation des formalités légales; la tradition de la grosse ou de l'acte en brevet étant suffisante pour transférer la propriété de la créance qui y est incorporée, il en résulte que les obligations au porteur pourront faire l'objet de dons manuels.

L'on peut se demander si une obligation à ordre est susceptible de don manuel. Un arrêt (1) a admis que les titres à ordre pouvaient être l'objet de dons manuels; cette opinion nous paraît erronée, car ne peuvent faire l'objet de dons manuels que les meubles corporels, dont la propriété se transmet par la simple tradition. Nous avons vu, cependant, que par le fait de l'endossement en blanc, une obligation à ordre acquérait le même pouvoir de circulation que si elle était au porteur; en conséquence, il n'est pas douteux qu'une telle obligation puisse faire l'objet d'un don manuel.

(1) Riom. 23 janvier 1389. D. 93,1.177 et la note de M. Dupuich.

§ III. — *Transmission à titre de garantie.*

a) *Obligation à ordre.* — Le gage étant un contrat réel ne peut exister, malgré le consentement des parties, tant que le créancier gagiste n'a pas été mis en possession de l'objet donné en gage. Toutefois un gage ainsi constitué, bien que valable entre les parties, ne pourrait pas être opposé aux tiers. Lorsque la chose donnée en gage est un meuble incorporel tel qu'une créance mobilière, le privilège du gagiste ne peut être établi, selon l'art. 2075 du Code civil que par acte public ou sous seing privé enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage. Par contre, en ce qui concerne le gage constitué en valeurs négociables, le privilège du gagiste peut être établi par un endossement régulier indiquant que les valeurs ont été remises en garantie (art. 91 du Code de commerce, modifié par la loi du 23 mai 1863).

En présence de ces deux textes, l'on se demande quelles formalités devront accompagner la mise en gage d'une obligation à ordre à caractère civil. La question est controversée.

Des auteurs estiment que l'art. 2075 cesse d'être applicable lorsque la créance mise en gage à la forme d'une valeur négociable par endossement et qu'il n'y a pas lieu de considérer si l'on se trouve en matière civile ou en matière commerciale.

A l'appui de cette opinion certains auteurs (1) invoquent

(1) Aubry et Rau, 5^e édition t. VI § 432 et 433.

les termes généraux dans lesquels est rédigé l'art. 91 du Code de commerce. Rien ne fait présumer, disent-ils, que par « valeurs négociables » il faille entendre des titres de nature commerciale plutôt que des titres de nature civile.

Selon d'autres auteurs (1) un simple endossement étant suffisant pour transmettre la propriété d'une créance à ordre doit à plus forte raison être capable de transmettre la même créance à titre de garantie.

Cette opinion ne nous paraît pas exacte. La constitution de gage, à cause des fraudes qu'elle peut entraîner, a été entourée par le législateur de formalités spéciales qui, ainsi que le prouvent les travaux préparatoires de la loi du 23 mai 1863, n'ont été écartées qu'en ce qui concerne le gage commercial.

D'après une opinion opposée (2) les formalités de l'art. 2075 devront être strictement observées. Cette rigueur nous paraît excessive. L'art. 2075 institue deux sortes de formalités; il exige : 1° La rédaction d'un acte public ou sous-seing privé enregistré; 2° la signification de cet acte au débiteur de la créance donnée en gage. Chacune de ces formalités a un rôle différent.

En raison des fraudes auxquelles peuvent donner lieu une transmission à titre de gage, le législateur a voulu que la constitution de gage ne puisse être établie que par

(1) Massé. t. IV n° 2894.

(2) Trib. de la Seine 7 mars 1894. Le Droit 8 mars 1894.

un acte écrit ayant date certaine; ainsi sont rendues impossibles les constitutions de gage antédattées qu'un débiteur pourrait être tenté de faire au profit d'un compère, afin de soustraire une partie de son actif aux poursuites de ses créanciers. Il va de soi que cette mesure de protection doit être observée quelle que soit la forme de la créance mise en gage.

Quant à la signification de l'acte constitutif de gage au débiteur elle remplit le même rôle que la signification prévue par l'art. 1690 du Code civil; elle a pour but d'empêcher le débiteur de se libérer au préjudice du créancier gagiste, elle est également une mesure de publicité destinée à porter le contrat de gage à la connaissance des tiers. De même que les formalités de l'art. 1690, la signification de l'acte constitutif de gage au débiteur ne concerne que les créances à personne dénommée seules prévues par le Code civil; elle ne saurait être exigée en cas de mise en gage d'une créance à personne non dénommée.

Nous dirons donc avec la majorité des auteurs (1) que la mise en gage d'une créance civile à ordre nécessitera toujours la rédaction d'un acte écrit ayant date certaine mais, vu la forme à ordre donnée au titre, l'endossement à titre de garantie saisira le créancier gagiste à l'égard

(1) Colin et Capitant, 2^e édit. t. II p. 762. — Baudry-Lacantinerie. Du nantissement t. 1 n. 63. — Beudant. Cours de droit civil t. 1 n. 149.

des tiers sans qu'il soit besoin d'une signification de l'acte constitutif de gage au débiteur.

b) *Obligation au porteur*. La mise en gage d'une obligation hypothécaire au porteur s'effectuera entre les parties par la remise au créancier gagiste de la grosse ou de l'original en brevet; mais, pour les raisons que nous venons d'exposer, le créancier gagiste ne pourra établir son privilège que par un acte écrit ayant date certaine. Nous considérons donc comme inexacte l'opinion (1) d'après laquelle la simple tradition suffirait en matière civile pour constituer en gage un titre au porteur.

Une obligation au porteur étant un meuble corporel, la mise en gage d'une telle obligation sera régie par l'art. 2074 du Code civil et non par l'art. 2073; en conséquence il ne saurait être question de signification de l'acte au débiteur (2).

Section III. — Droits des créanciers du porteur de l'obligation.

a) *Obligation à ordre*. D'après les art. 149 et 187 du Code de commerce il n'est admis d'opposition au paie-

(1) Troplong, Nantissement 6.292. Massé t. IV n° 2.896, Deville-neuve. Note sous cass. 11 août 1847. S. 47.1.640. Paris 8 février 1854. S. 54.2.320. — Paris 29 mars 1856. S. 56.2.408

(2) En ce sens Wahl, t. II, p. 1141 et s., Lyon 6 juillet 1889. D. 90.2.113. — Voir cep. cass. 19 juin 1860. S. 60.1.689. — Cass. 30 novembre 1864. D. 65.1.55. — Cass. 13 janvier 1868. S. 68.1.131.

ment des lettres de change et des billets à ordre qu'en cas de perte du titre ou de faillite du porteur. Cette prohibition est-elle propre aux effets de commerce ou bien doit-elle être étendue à tous les titres à ordre, tant civils que commerciaux? Bien que certains auteurs (1) se prononcent en faveur de l'extension, il ne nous semble pas possible de l'admettre. Les dispositions des art. 149 et 187 nous apparaissent comme une mesure prise par le législateur dans le but d'assurer la stricte exécution des engagements commerciaux. Une saisie-arrêt pourrait en effet constituer pour le débiteur un moyen d'obtenir un délai de grâce que la loi lui refuse; un compère n'aurait qu'à pratiquer entre ses mains une saisie-arrêt; de cette façon le paiement serait différé jusqu'à ce qu'un jugement se soit prononcé sur la validité de l'opposition. Cette dérogation au droit commun instituée uniquement dans l'intérêt du commerce ne peut se justifier en matière civile (2)

Si en droit, une saisie-arrêt sur une obligation hypothécaire à ordre est possible, en fait elle sera bien peu pratique pour les raisons suivantes :

1° La transmission d'une obligation hypothécaire à ordre étant occulte, les créanciers du porteur pourront se trouver bien embarrassés pour savoir si leur débiteur est

(1) Bravard-Veyrières. *Traité de droit commercial* t. III p. 345.

(2) Trib. de Versailles 8 mars 1895. Le « Droit » 22 avril 1895. Voir cep. en sens contraire trib. de commerce de la Seine 9 janvier 1893. *Gaz. Pal.* 1893. 1.116.

toujours propriétaire de la créance;

2° Si l'on admet avec la jurisprudence que le principe de l'inopposabilité des exceptions s'applique en matière d'obligation hypothécaire à ordre, l'efficacité de la saisie-arrêt sera bien aléatoire car, en cas d'endossement de l'obligation par le saisi, le tiers saisi ne pourra pas invoquer la saisie-arrêt pour ne pas payer à l'échéance le nouveau porteur, une saisie-arrêt pratiquée par le créancier d'un porteur précédent constituant une exception non opposable au porteur à l'échéance (1).

3° Le paiement par le tiers saisi entre les mains du saisissant, but de la saisie-arrêt, pourra être fort éloigné vu les longues échéances accordées en matière de créances hypothécaires.

b) *Obligation au porteur*. Il ne semble pas qu'en droit la validité d'une saisie-arrêt pratiquée sur une obligation hypothécaire au porteur puisse être mise en doute, mais en fait une telle procédure sera bien rare pour les raisons que nous venons d'exposer.

Section IV. — Extinction de l'obligation.

Ce n'est qu'à l'occasion du paiement et de la purge que surgissent un certain nombre de questions du fait de l'insertion des clauses à ordre et au porteur; ces deux modes d'extinction des obligations hypothécaires seront en con-

(1) Paris 22 mai 1895, S., 96, 2.251.

séquence les seuls que nous étudierons.

§ 1. — *Paiement.*

Nous allons examiner successivement les questions suivantes :

A. A quelle époque le paiement doit-il être effectué?

B. Entre les mains de qui le paiement doit-il être fait pour être libératoire?

C. Quelle sera la situation du créancier qui ne pourra pas représenter son titre?

D. Quels sont les moyens de défense que le débiteur pourra opposer au porteur à l'échéance?

E. En cas de non paiement quel recours le porteur aura-t-il?

A. A quelle époque le paiement doit-il être effectué?

Si dans une obligation une échéance a été déterminée, il va de soi que le paiement devra être effectué à cette date. Pourra-t-il être fait valablement à un autre moment, soit avant, soit après l'échéance?

En matière d'effet de commerce, le débiteur qui paie avant l'échéance est responsable de la validité du paiement (art. 144 du Code de commerce). Cette dérogation à la règle générale énoncée par l'art. 1187 du Code civil d'après laquelle le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, ne doit pas être étendue en dehors de la matière des effets de commerce; elle s'explique par le rôle que les effets de commerce et surtout les lettres de change sont appelés à jouer. « Une traite, dit M. Thaller,

est un règlement plus commode que l'argent; peut-être l'a-t-on prise sur telle ville et à telle échéance, parce que dans cette ville et à cette date, on aura besoin de fonds. Le porteur doit pouvoir conserver un titre, instrument avantageux de transport dont le numéraire ne forme pas l'équivalent » (1). Ces considérations ne pouvant naturellement pas s'appliquer aux obligations hypothécaires négociables, le débiteur pourra valablement effectuer son paiement avant l'échéance, conformément au droit commun.

Conformément au droit commun également, le débiteur, qui sera dans l'impossibilité d'exécuter son engagement à l'échéance, pourra obtenir un délai de grâce, la prohibition faite au juge par l'art. 157 du Code de commerce d'accorder un délai, étant une mesure instituée spécialement pour assurer une stricte exactitude dans les paiements commerciaux. Il en résulte, que l'usage du protêt ne pourra pas être étendu aux obligations hypothécaires négociables (2),

Qu'advient-il si à l'échéance le porteur de la grosse ou de l'acte en brevet ne réclame pas le paiement au débiteur; comment celui-ci pourra-t-il se libérer?

(1) Thaller. Traité élémentaire de droit commercial 4^e édition n° 1512.

(2) Conf. Toulouse 28 mars 1882. S. 33.2.88. — Toulouse 8 mai 1901. D. 02.2.280.

Voir cependant cass, 28 novembre 1849, S. 50.1.135.

Le Code civil a organisé pour le cas où le créancier refuse de recevoir son paiement la procédure des offres réelles (art. 1257 et suivants). Le débiteur fait présenter le montant de son obligation à son créancier par un officier ministériel et, dans le cas où le créancier refuse de le recevoir la somme est consignée à la Caisse des Dépôts et Consignations.

Cette procédure ne peut être appliquée à notre matière puisque le créancier est inconnu du débiteur. Il existe par contre, pour les effets négociables une procédure instituée par la loi du 6 thermidor an III, modifiée par l'ordonnance du 3 juillet 1816, art. 2. 1° Si le porteur ne se présente pas dans les trois jours qui suivent celui de l'échéance, le débiteur est autorisé à déposer le montant de sa dette à la Caisse des Dépôts et Consignations qui lui délivre une certificat de dépôt; lorsque le créancier se présentera pour recevoir son paiement il recevra en échange de son titre ce certificat qui lui permettra de toucher à la Caisse des Dépôts et Consignations la somme déposée.

Cette loi relative au paiement des billets à ordre, lettres de change, billets au porteur ainsi que de tous autres effets négociables doit, à notre sens, recevoir son application en cas de paiement d'obligations hypothécaires à ordre ou au porteur. Etant conçue en termes généraux rien ne fait présumer qu'elle soit spéciale à une certaine catégorie de titres négociables. Nous n'avons trouvé sur la question aucune décision de jurisprudence,

B. Entre les mains de qui le paiement doit-il être fait pour être libératoire?

Le paiement doit être effectué entre les mains du créancier ou de quelqu'un le représentant : tel est le principe énoncé par l'art. 1239 du Code civil. Le débiteur qui ne s'y conformerait pas s'exposerait à payer deux fois.

Cette règle est établie pour le paiement des créances à personne dénommée. Dans ce cas le débiteur est tenu envers une personne déterminée qu'il connaît. Si cette personne cède sa créance le débiteur en est averti, conformément à l'art. 1690 du Code civil, la personne du nouveau créancier ne lui est pas inconnue. Dans ces conditions l'on comprend très bien que le débiteur soit rendu responsable de la validité du paiement qu'il effectue; connaissant le propriétaire de la créance, il serait sans excuse s'il s'acquittait entre les mains d'une autre personne.

En matière de créance à ordre ou au porteur, la situation est tout à fait différente. Entre le moment du contrat et celui du paiement, la créance aura été l'objet de plusieurs cessions dont le débiteur n'aura pas eu connaissance, de telle sorte que le débiteur se trouvera au moment du paiement en présence d'un porteur qui lui sera complètement inconnu et dont en fait il ne pourra apprécier sûrement la qualité de créancier; aussi le Code de commerce a-t-il posé comme règle que celui qui paie de bonne foi un effet de commerce à l'échéance est présumé valablement libéré (art. 143, C. com.). Cette disposition, qui n'est autre qu'une application de l'art. 1240 du

Code civil, ne doit pas être considérée comme spéciale aux effets de commerce. Vu les raisons qui l'ont motivée, elle doit être étendue au paiement de toutes les créances à ordre ou au porteur. Le paiement d'une obligation hypothécaire négociable sera donc valablement fait entre les créances du porteur à l'échéance.

Cette règle n'existe toutefois qu'en faveur du débiteur qui paie de bonne foi, elle cesserait de s'appliquer dans le cas où l'on pourrait établir quelque imprudence de sa part. Avant de payer, le débiteur devra se faire représenter le titre, examiner, en cas de titre à ordre, si la chaîne des endossements n'est pas interrompue, si chaque endos est bien signé du nom de celui auquel le titre avait été préalablement transmis, rechercher, si le porteur est bien la personne désignée dans le dernier endossement, vérifier s'il est capable de recevoir le paiement, en un mot faire tout ce qui lui est possible pour savoir si le porteur est bien le véritable créancier auquel le paiement doit être fait. Si pour une raison quelconque le débiteur avait le moindre doute sur la qualité du porteur, la plus élémentaire prudence lui commanderait de suspendre son paiement jusqu'au moment où le prétendu créancier aura établi son droit.

La bonne foi étant une question de fait sera laissée à l'appréciation des juges: toutefois selon qu'il s'agira du paiement d'un effet de commerce ou du paiement d'un autre titre à ordre ou au porteur, la bonne foi sera différemment appréciée. Cela s'explique par la considération

suivante : en matière d'effets à ordre ou au porteurs autres que les effets de commerce et en particulier en matière d'obligations hypothécaires négociables, le débiteur n'étant pas obligé de s'acquitter immédiatement pourra s'entourer de renseignements et s'assurer de la régularité du paiement qu'il effectue, chose qui lui est plus souvent impossible de faire lorsqu'il paie un effet de commerce, le paiement devant être effectué le jour même de la présentation de l'effet.

En effectuant son paiement, le débiteur devra conformément à l'art. 148 du Code de commerce réclamer la remise du titre; s'il ne le faisait pas, le porteur pourrait, bien que payé, remettre frauduleusement le titre en circulation, et, dans ce cas, le débiteur ne pouvant, d'après le principe admis en jurisprudence, invoquer le paiement déjà effectué par lui, serait obligé de payer une deuxième fois entre les mains du nouveau porteur.

C. Quelle sera la situation du créancier qui ne pourra pas représenter son titre?

Comme le paiement ne peut s'effectuer qu'entre les mains du porteur du titre, quelle va être la situation du bénéficiaire de la créance qui n'est plus en possession de son titre soit parce qu'il l'a perdu, soit parce que le titre lui a été volé ou a été détruit.

Pour étudier cette question nous distinguerons deux cas : a) celui où le créancier dépossédé retrouve son titre entre les mains d'une autre personne; b) celui où le titre est définitivement perdu,

a) Le créancier dépossédé retrouve son titre entre les mains d'une autre personne. Dans ce cas, le créancier peut-il le revendiquer? L'affirmative ne fait pas de doute en ce qui concerne les obligations à ordre; l'art. 2279 du Code civil ne s'appliquant qu'aux meubles dont la propriété est transmise par la simple tradition, il s'en suit que le créancier dépossédé peut exercer son action en revendication contre quiconque est en possession de son titre. Cette action lui appartient jusqu'à ce que le porteur du titre soit devenu propriétaire de la créance par une possession prolongée pendant 30 ans.

Par contre, une obligation au porteur, par suite de son assimilation à un meuble corporel ne peut être revendiquée que conformément aux dispositions de l'art. 2279 du Code civil. Le créancier dépossédé par suite de perte ou de vol (1), a trois ans pour exercer son action contre le tiers détenteur de bonne foi; il devra toutefois lui rembourser le prix que l'obligation lui a coûté si ce tiers a

(1) Le créancier dépossédé ne peut bénéficier de l'action en revendication prévue par l'art. 2279 qu'en cas de vol proprement dit, pris dans le sens de soustraction frauduleuse que lui a donné l'art. 379 du code pénal. En cas d'escroquerie ou d'abus de confiance il est admis que le principe « en fait de meubles possession vaut titre » reprend toute son autorité, et qu'aucune action en revendication ne peut être intentée contre un sous acquéreur de bonne foi. En ce qui concerne l'escroquerie il y a cependant quelques vieux arrêts en sens contraire. Paris 11 novembre 1837. Dalloz. Rép. jur. « prescription civile » n° 288. — Bordeaux 3 janvier 1859. D. 59.2.164.

acquis le titre dans une des circonstances énumérées par l'art. 2280 du Code civil, ce qui en réalité se présente bien rarement. Contre l'auteur du vol ou de la trouvaille de même que contre un sous-acquéreur de mauvaise foi, il peut exercer son action en revendication pendant trente ans.

b) Le titre est définitivement perdu. Bien que le paiement ne puisse être effectué que sur présentation et remise du titre, il est certain que la perte du titre n'entraîne pas la perte du droit qu'il constate (1); cependant le résultat sera le même si, faute de titre, le créancier ne peut obtenir son paiement.

A cette situation le législateur a porté remède. Au Code de commerce plusieurs articles (art. 149 et s.) sont consacrés au paiement des effets de commerce perdus. Lorsque l'exemplaire unique ou tous les exemplaires de la lettre de change ont été perdus (seule hypothèse pouvant être rapprochée de celle de la perte d'une obligation hypothécaire négociable), le porteur dépouillé devra, pour être payé, obtenir une ordonnance du juge en justifiant de sa propriété soit par ses livres, soit par un duplicata de l'effet perdu; il devra en outre donner caution.

A plusieurs reprises, ce procédé a été déclaré par la jurisprudence spécial aux effets de commerce et inapplicable aux autres titres à ordre, notamment aux obliga-

(1) Voir cependant Bravard-Veyrières t. III p. 359 note 1.

tions hypothécaires négociables. « Attendu que les dispositions des art. 151 et suivants du Code de commerce relatifs à la caution et à sa libération au bout de trois ans ont un caractère exceptionnel et constituent une dérogation des plus graves au droit commun, qu'elles doivent être en conséquence interprétées et appliquées d'une façon restrictives et ne sauraient être étendues au delà de ce qui a été prévu; qu'une obligation à ordre n'est pas un billet à ordre... » (1).

En ce qui concerne les titres au porteur, une loi spéciale du 15 juin 1872 modifiée par la loi du 8 février 1902 a été faite pour protéger les droits du créancier dépossédé de son titre. Ainsi qu'il résulte des travaux préparatoires cette loi est spéciale aux titres au porteur susceptibles d'être négociés dans les bourses; d'ailleurs, les formalités qu'elle institue seraient impossibles à accomplir en cas de perte d'une obligation hypothécaire au porteur.

Ne pouvant invoquer les textes spéciaux relatifs à certaines catégories de créances à personne non dénommée, nous en sommes réduits à rechercher dans le droit commun le moyen de sauvegarder les droits du créancier hypothécaire dépossédé de son titre.

(1) Ordonnance de référé rendue par le président du tribunal du Puy le 2 janvier 1910 confirmée par un arrêt de Riom du 17 février 1911. D. 1913. 2.305 (note de M. Feuilleley) et par un arrêt de cass. du 10 juin 1918. S. 1920. 1.218.

Voir dans le même sens cass. 10 mars 1826. S. 28.4.334. — Moussuier. De la lettre de change t. 1 n° 968.

Au Code de procédure civile, nous trouvons un article relatif à la délivrance des secondes grosses. Selon l'art. 844 la partie qui veut se faire délivrer une seconde grosse doit présenter requête au président du tribunal; en vertu de l'ordonnance qui interviendra, sommation sera faite au notaire pour faire la délivrance à jour et heure indiqués et aux parties intéressées pour y être présentes. En cas de contestation, c'est à l'audience des référés que le président statuera (art. 845 C. p. c.).

Ce texte semble à première vue devoir être pour nous d'un grand secours. Le créancier ne peut pas obtenir son paiement parce qu'il n'a plus son titre, or les art. 844 et 845 paraissent devoir le tirer d'embarras, puisqu'ils lui donnent le moyen d'obtenir un duplicata. Pour étudier la question il faut distinguer suivant qu'il s'agit d'une obligation à ordre ou d'une obligation au porteur.

a) Obligation à ordre. Supposons que le créancier obtienne une deuxième grosse de son obligation, cette grosse constatera qu'à telle époque X s'est engagé à payer une certaine somme à Y ou à son ordre et a affecté à la garantie de son obligation tel immeuble. Ce sera la copie de la minute déposée chez le notaire mais non la copie de l'acte en vertu duquel le créancier aurait pu obtenir son paiement. Sur cette deuxième grosse ne sera pas mentionnée la série des endossements qui seule établit que le porteur est bien propriétaire de la créance; un tel duplicata est sans aucune valeur aux yeux du débiteur. « Considérant que Vincent a mal procédé en suivant la voie

tracée par l'art. 844 C. p. c. puisque, portant sur le titre qui a été perdu, sa demande ne pouvait avoir pour objet que le rétablissement de ce titre et non la délivrance de la deuxième grosse d'une minute d'acte. Qu'en effet, l'obligation de 30.000 francs objet du litige était transmissible par voie d'endossement, la grosse égarée constitue le seul titre valable en dehors de la minute faisant foi simplement de la création de l'obligation à la date du 27 octobre 1880; que par suite Vincent devait agir en vertu de l'art. 1348 du Code civil » (1).

b) *Obligation au porteur.* Les art. 844 et 845 C. p. c. inapplicables en matière d'obligation à ordre pourront-ils nous servir lorsque c'est une obligation hypothécaire au porteur qui a été perdue. Dans ce cas, le titre au porteur est bien la reproduction exacte de la minute de l'acte, mais si la difficulté que nous avons rencontrée en matière d'obligation à ordre n'existe plus, une autre difficulté surgit provenant de la forme même du titre.

Supposons que la créance hypothécaire soit à personne dénommée et que le créancier perde son titre; pour obtenir un duplicata, il présente requête au président et s'il justifie suffisamment de son droit, le président rend une ordonnance lui permettant d'obtenir une deuxième grosse. Habituellement cette procédure ne donne lieu à aucune difficulté, la délivrance d'une deuxième grosse ne faisant

(1) Riom 17 février 1911 précité.

courir aucun danger au débiteur; même en cas de cession de la part de son créancier le débiteur ne peut être exposé à payer deux fois, car une cession ne lui est opposable qu'autant qu'il en a eu connaissance et il serait fondé à invoquer cette cession pour s'opposer aux actes d'exécution que son créancier primitif ou un cessionnaire voudrait pratiquer au moyen de la deuxième grosse.

Toute autre est la situation dans le cas où la créance hypothécaire est au porteur. Tout possesseur du titre est propriétaire de la créance, donc si deux grosses au porteur sont en circulation elles risquent d'être, au moment de l'échéance, entre les mains de deux porteurs différents qui pourront chacun en demander le paiement sans que le débiteur puisse opposer au second qui se présentera, que le paiement a déjà été effectué.

Des considérations qui précèdent, il résulte que lorsque le titre aura été simplement perdu ou volé sans avoir été détruit, le créancier dépossédé ne pourra obtenir la délivrance d'une deuxième grosse; il lui serait d'ailleurs presque impossible de justifier de son droit de propriété, le créancier étant celui qui est en possession du titre (1).

(1) Voir cependant Dijon 13 novembre 1907. D. 10.2.199. Cet arrêt pour autoriser la délivrance d'une 2^e grosse se base sur les circonstances de la cause qui rendaient vraisemblable le droit de créance des appelants et aussi sur ce fait que les appelants avaient consenti à ce que la 2^e grosse ne fût délivrée qu'avec la mention expresse que les fonds en capital et intérêts à provenir de la collocation qui serait faite ensuite de sa production à l'ordre ouvert, seraient déposés à la caisse des Dépôts et Consignations pour n'être retirés qu'après l'expiration du délai de renouvellement de l'hypothèque prise en vertu de la 1^{re} grosse. Cette garantie offerte au débiteur le mettait à l'abri des réclamations possibles des tiers porteurs et rendait sans fondement l'opposition faite à la délivrance de la 2^e grosse.

Ce n'est qu'en cas de destruction du titre que théoriquement la délivrance d'une deuxième grosse pourra être accordée; toutefois, en fait, le créancier dépossédé sera à peu près dans la même situation que si son titre avait été perdu ou volé. Supposons que la grosse ait été détruite dans un incendie, il lui faudra à l'appui de sa demande prouver : 1° Qu'il était en possession du titre au moment où l'incendie s'est produit; 2° Que la grosse existait dans l'immeuble ou dans l'objet mobilier qui a été détruit. 3° Qu'elle a été détruite réellement par l'incendie et n'a pas été prise par un tiers pendant l'organisation des secours. Ces conditions sont tellement rigoureuses qu'en fait le créancier n'obtiendra pour ainsi dire jamais gain de cause.

Ainsi que nous venons de le voir la forme donnée à la créance empêche le créancier de se faire délivrer un duplicata de son titre; elle l'empêche également de bénéficier du moyen institué par l'art. 1348 du Code civil en faveur du créancier qui a perdu son titre. Tout en supposant qu'il parvienne à établir par témoins son droit de propriété sur la créance (ce qui est pratiquement impossible en cas de destruction du titre), il ne pourrait contraindre le débiteur à se libérer entre ses mains car celui-ci pourrait toujours craindre d'être obligé un jour de payer à nouveau entre les mains d'un porteur de titre.

Nous pouvons donc affirmer que la perte du titre équivaut en fait pour le créancier à la perte du droit. Cette situation désastreuse dans laquelle se trouve le créancier

dépossédé est une conséquence de ce fait qu'au moment de la rédaction de nos codes, l'emploi des clauses à ordre et au porteur n'avait pas été prévu dans les actes civils.

La protection que le créancier ne peut pas trouver dans nos textes devra être instituée par les parties au moment du contrat. Si la loi du 15 juin 1872 n'est pas applicable aux obligations hypothécaires négociables, les parties pourront néanmoins s'en inspirer; elles pourront notamment stipuler ceci :

1° En cas de perte du titre il sera fait entre les mains du débiteur opposition au paiement tant du capital que des intérêts; cette opposition devra être notifiée au notaire rédacteur ainsi qu'au conservateur des hypothèques avec défense de procéder à la radiation des inscriptions.

2° Si au bout de X années l'opposition n'a pas été contredite par un tiers se prétendant créancier, l'opposant pourra réclamer du débiteur le paiement des intérêts ainsi que du capital s'il est échu; si le capital n'est pas échu il sera délivré à l'opposant une deuxième grosse sans que le débiteur puisse s'y opposer; le tout à charge par l'opposant de fournir une caution (ou toute autre garantie laissée à l'appréciation des parties). A partir de la délivrance de la deuxième grosse, la première sera considérée comme nulle et sans valeur à l'égard du débiteur et de tous autres tiers de bonne foi.

3° Si avant la libération du débiteur il se présente un tiers porteur de la première grosse, le débiteur devra en avertir l'opposant ainsi que le notaire détenteur de la

minute; l'opposant et le tiers porteur devront alors s'entendre entre eux ou à défaut d'entente faire valoir leur droit en justice (1).

D. Quels sont les moyens de défense que le débiteur pourra opposer au porteur à l'échéance?

De tout temps, il a été admis que le souscripteur d'un effet de commerce ne pouvait opposer, au moment du paiement, au porteur de bonne foi les exceptions qu'il aurait pu invoquer contre les porteurs antérieurs. Cette règle, dont nous avons donné précédemment le fondement juridique, n'est formulée par aucun texte; c'est, pour employer les expressions de MM. Lyon Caen et Renault, une de ces théories traditionnelles que le législateur ne prend pas la peine de formuler parce qu'elles sont imposées par les besoins de la pratique.

Le principe n'est toutefois pas absolu, certaines exceptions restent néanmoins opposables au porteur. Pour les déterminer, les auteurs ne sont pas complètement d'accord. Nous ne prendrons pas part à la discussion, ce qui nous entraînerait en dehors des limites de cet ouvrage (2); nous nous bornerons à dresser la liste des déro-

(1) Consulter à ce sujet Defrenois. Répertoire général pratique de notariat, législation commentée et formules d'actes 1910, form. n° 1020.

(2) Consulter sur la question. Boistel n° 754. — Thaller n. 1.468 et s. — Pichon. L'inopposabilité des exceptions au porteur d'un titre à ordre, thèse Paris 1904. — Tissier. Notes sous cass. 3 février 1891. S. 92.2.301 et sous cassation 9 novembre 1896. S. 97.1.161. — Nacquet. Note sous cass. 27 mai 1913. S. 16.1.153.

gations généralement admises à la règle de l'inopposabilité des exceptions.

Les moyens de défense qui restent opposables au porteur de bonne foi comprennent :

1° Les exceptions qui naissent des rapports personnels entre le débiteur et le porteur qui réclame le paiement.

2° Les exceptions ressortant des énonciations mêmes du titre.

3° Certaines exceptions résultant d'un vice dans la création du titre. De l'avis de tous les auteurs peuvent être opposées au porteur, les exceptions résultant soit de l'incapacité du débiteur soit de l'absence totale de consentement. Quant aux moyens de défense basés sur un vice de consentement, il y a lieu de distinguer : la violence exercée contre le débiteur est considérée généralement comme un moyen de défense opposable au porteur (1), il en est autrement du dol qui ne constitue qu'une exception purement personnelle à celui qui en a été victime (2).

Ainsi déterminée dans son étendue, la règle de l'inopposabilité des exceptions ne protège le porteur de l'effet qu'à la condition toutefois qu'il soit de bonne foi; il s'agit de faciliter la circulation des effets de commerce et non pas de favoriser la fraude. Si les auteurs sont d'accord pour apporter ce tempérament, ils ne s'enten-

(1) Voir cep. en sens contraire Lyon-Caen et Renault t. IV n° 430 bis.

(2) Voir en sens contraire. Tissier, note sous cass. 3 février 1891.

dent pas pour déterminer ce qui constitue la mauvaise foi chez le porteur. Selon l'opinion la plus répandue, le porteur est considéré comme de mauvaise foi dès qu'il a connu en fait l'exception qui viciait le titre entre les mains de son endosseur. Selon MM. Lyon Caen et Renault (t. IV, n° 131), il ne suffit pas que le porteur ait eu connaissance de l'exception, il faut, en outre, qu'il se soit rendu complice d'une véritable fraude destinée à obtenir un paiement qui autrement aurait pu être refusé.

La règle de l'inopposabilité des exceptions que nous venons d'exposer très brièvement s'applique-t-elle en cas de transmission d'une créance à la personne non dénommée autre qu'un effet de commerce. En général, les auteurs ainsi que les arrêts admettent l'extension. « Les formes à ordre et au porteur, dit M. Lyon Caen, ne sont admises pour les titres autres que les effets de commerce que par une extension imposée par les besoins de la pratique. Sous peine de tomber dans l'arbitraire, il semble impossible de traiter différemment, au point de vue des effets de la transmission, les effets de commerce et les autres titres à ordre ou au porteur » (1).

(1) Lyon-Caen, note sous cass. 31 octobre 1906, S. 1908.1.305. Voir dans le même sens. Pour les créances à ordre. Lyon-Caen et Renault t. IV n° 157. Lyon-Caen. Revue critique 1892 p. 364. — Beudant. Note sous cass. 8 mai 1878. D. 78.1.241. — Cassation 11 avril 1849. S. 49.1.315. — Pour les créances au porteur. Wahl, n° 280 et s., 744 et s. — Ripert Annales de droit commercial 1904 p. 47. Paris 22 mai 1895. S. 96.2.251 — Cass. 9 novembre 1896. S. 97.1.161 et la note de M. Tissier, Cass. 31 octobre 1906 S. 08.1.305 et la note de M. Lyon-Caen. — Cass. 18 janvier 1911. S. 1911.1.320.

Voir spécialement pour les obligations hypothécaires à ordre. Nîmes 28 octobre 1892. Pand. fr. 93.2.211. Pour les obligations hypothécaires au porteur. Cass. 18 janvier 1911 S. 1911.1.320. Besançon 28 juin 1905 D. 07.2.166. — Poitiers 30 décembre 1912. D. 1914.2.109. Tribunal de Versailles 23 novembre 1921. Gaz. Palais n. du 31 décembre 1921.

Cette extension du principe de l'inopposabilité des exceptions à la transmission de tous les titres de créance négociables et, en particulier, à la transmission des obligations hypothécaires à ordre et au porteur, ne nous paraît pas justifiée. La dérogation au principe général d'après lequel nul ne peut céder plus de droit qu'il n'a lui-même ne se conçoit qu'en matière de change (1). C'est une disposition qui, au même titre que la garantie solidaire, la prohibition des saisies-arrêts, la défense faite au juge d'accorder des délais de grâce, a été instituée pour permettre à l'effet de commerce de jouer le rôle de monnaie commerciale. La négociation serait entravée si celui auquel il est offert pouvait craindre que le souscripteur lui opposât à l'échéance des moyens de libération dont l'existence lui est totalement inconnue. Ce caractère que nous attribuons à la règle de l'inopposabilité des exceptions ressort nettement des attendus d'un arrêt de cassation du 2 décembre 1846 (1) : Attendu en droit que c'est pour assurer aux effets de commerce le même cours que celui de l'argent monnayé, que la loi met le tiers porteur de bonne foi à l'abri de toute exception qui pourrait être opposée à ses cédants par les personnes qui se trouvent engagées dans les mêmes effets; attendu que cette faveur *toute commerciale* cesse dans le cas notamment où il est

(1) Thaller. Traité élémentaire de droit commercial 5^e édition n. 163.

(2) D. 47.1.35

prouvé que le tiers porteur, loin d'être un tiers de bonne foi, n'est en réalité que le complice de ses cédants, pour enlever aux personnes engagées dans ces effets tous moyens de défense... »

En matière de créances civiles et en particulier en matière d'obligations hypothécaires négociables, les nécessités pratiques sur lesquelles est basée la règle de l'opposabilité des exceptions ne se retrouvent plus. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, ce n'est pas pour créer un titre remplissant un rôle monétaire que les parties insèrent dans leur contrat la clause à ordre ou au porteur, mais simplement pour en faciliter la transmission; bien que contenant la clause à ordre ou au porteur, les obligations hypothécaires circulent très peu en fait, elles sont rarement l'objet de plusieurs cessions successives; dans ces conditions le porteur sera, en général, à même de se rendre compte des vices qui pourront atteindre son droit du chef des précédents bénéficiaires. En conséquence, nous sommes d'accord avec M. Thaller (1) pour affirmer que l'opposabilité des exceptions n'est pas une conséquence fatale de la forme donnée à la créance; « autre chose est la rapidité de transmission d'un droit et autre chose la sécurité de l'acquéreur qui serait garanti contre les moyens clandestins de nullité ou de libération. Le premier de ces résultats peut advenir sans que le second

(1) Thaller. Nature juridique du titre de credit n° 102 en note Conf. Paul Esmein. Revue trimestrielle de droit civil 1921 p. 53

se produise. La rapidité de transmission épargne à l'intéressé les frais et les lenteurs d'une cession ordinaire, elle peut être recherchée par ce seul motif alors même que l'on courrait la chance de se voir opposer un moyen de nullité auquel on ne s'attendait pas. »

A l'appui de notre opinion nous pouvons invoquer deux arrêts intervenus en matière de police d'assurance à ordre (1) et particulièrement un arrêt de la Cour de Bordeaux du 18 mars 1832, relatif à une obligation hypothécaire au porteur. La question soumise à la Cour de Bordeaux était la suivante : Une créance hypothécaire, constatée par un titre au porteur avait été réglée et le titre était revenu entre les mains du débiteur; celui-ci, pour se procurer à nouveau des fonds, avait remis en circulation le titre qui avait successivement passé en plusieurs mains. L'immeuble hypothéqué ayant été vendu, le porteur de l'obligation hypothécaire avait émis la prétention de se faire payer par préférence aux créanciers chirographaires. Bien que la créance ainsi que l'hypothèque eussent été éteintes par le paiement, le tribunal d'Angoulême donna gain de cause au porteur de l'obligation « le titre au porteur étant une espèce de monnaie courante qui conserve sa valeur tant qu'elle ne porte pas une marque qui en prouve l'extinction ». Sur appel des créanciers chirographaires, la Cour de Bordeaux infirma la décision du

(1) Cass. 19 décembre 1892. S. 95.1.225 et la note de M. Tissier.
Cass. 31 juillet 1893 D. 95.1.137 et la note de M. Levillain.

tribunal d'Angoulême pour le motif suivant : « Attendu que l'hypothèque une fois éteinte par le paiement de la dette et la remise du titre au débiteur, il n'a pu dépendre de celui-ci de le faire revivre en mettant de nouveau le titre en circulation; que le porteur, qui l'a immédiatement reçu de F..., n'a pu ignorer que ce titre étant rentré dans les mains du débiteur, l'hypothèque avait, dès ce moment, cessé d'exister et n'a pu transmettre plus de droit qu'il n'en avait lui-même; que vainement l'intimé excipe de sa bonne foi; qu'il s'agit d'une obligation purement civile à laquelle on ne saurait appliquer les règles exceptionnelles établies en faveur des effets commerciaux et pour les besoins du commerce » (1).

L'inopposabilité des exceptions ne pouvant se justifier en la matière qui nous occupe risque, par contre, de devenir un moyen de favoriser certaines fraudes. Grâce à elle, le créancier, dont le droit est vicié, peut quand même être payé; il n'aura qu'à vendre sa créance à un tiers qui lui ne sera pas passible à l'échéance des exceptions que le débiteur aurait pu opposer à son cédant. Nous avons vu un exemple de ces fraudes en étudiant la saisie-arrêt; le créancier saisi a la possibilité d'annihiler l'effet d'une saisie-arrêt en transmettant sa créance. A titre d'exemple, nous pouvons encore dire que, grâce à l'inopposabilité des exceptions, les clauses à ordre et au porteur, sont souvent

(1) Bordeaux 18 mars 1852, D. 52.2,281

employées pour couvrir des stipulations usuraires; le capitaliste après avoir abusé de la situation du propriétaire aux abois cède son titre à un tiers qui est à l'abri de toute exception de simulation ou d'usure.

E. En cas de non paiement, quel recours le porteur aura-t-il?

a) *Obligation à ordre.* « Tous ceux qui ont signé ou endossé un billet à ordre sont garants solidaires du paiement à l'échéance ». Cette disposition de l'art. 140 du Code de commerce est-elle une conséquence nécessaire de l'endossement et, allons-nous dire qu'elle devra recevoir son application lorsqu'une obligation hypothécaire a été transmise par ce moyen ou bien doit-on réserver le bénéfice de la garantie solidaire aux seuls effets de commerce pour lesquels elle a été prévue? La question est discutable.

En faveur de l'extension de la garantie solidaire, l'on fait valoir les termes de l'art. 187 du Code de commerce : « Toutes les dispositions relatives aux lettres de change concernant... la solidarité... sont applicables aux billets à ordre, sans préjudice des dispositions relatives aux cas prévus par les articles 636, 637 et 638 ». Ces articles n'établissant une distinction entre les billets à ordre civils et les billets à ordre commerciaux qu'en ce qui concerne la compétence des tribunaux, il s'en suit que les dispositions énumérées par l'art. 187 doivent s'appliquer à tous les billets à ordre; que la cause en soit civile ou commer-

ciale (1).

Cette opinion ne nous paraît pas fondée; dans notre droit la solidarité nous apparaît comme une garantie exceptionnelle qui ne doit être admise que dans les cas où elle est expressément stipulée (art. 1202 C. civ.). D'autre part, celui qui cède une créance garantit simplement l'existence de la créance au moment du transport, il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé et jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il a retiré de la créance (art. 1693 et 1694 du Code civil). A ces principes le Code de commerce a apporté une dérogation en faveur des effets de commerce : celui qui cède une lettre de change ou un billet à ordre est garanti non seulement de son existence au moment de la cession mais aussi de son paiement à l'échéance, et cette garantie il la doit solidairement avec tous ceux qui ont signé ou endossé l'effet.

Cette exception au droit commun s'explique parfaitement par le rôle de monnaie commerciale que l'effet de commerce est appelé à jouer; il ne pourrait pas remplir cette fonction s'il n'avait pas par lui-même une valeur certaine, si celui qui l'acceptait en paiement était obligé,

(1) En ce sens Bruxelles 15 juin 1825. Dalloz, Rép. jurispr. « Effets de commerce » n° 489. — Tribunal de commerce de la Seine 20 juin 1872, D. 74.5.180. — Bravard-Veyrières t. III p. 548. — Massé t. III n° 488. — Duranton. t. XI n° 243. — Lyon-Caen et Renault t. IV n° 520.

pour en estimer la valeur, d'apprécier la solvabilité du débiteur. Pour que l'effet représentât réellement la valeur pour laquelle il a été émis il était indispensable que le paiement en fût assuré; c'est pourquoi le législateur a décidé que, non seulement le débiteur serait tenu du paiement de l'effet, mais encore tous ceux qui s'en sont servis comme monnaie et qui l'ont endossé.

Les raisons qui ont motivé l'institution de la garantie solidaire en faveur du porteur d'un effet de commerce ne se retrouvent plus en cas de transmission d'une créance civile à ordre et particulièrement en cas de transmission d'une obligation hypothécaire à ordre. Dans ce dernier cas, le paiement de la créance est garanti par l'hypothèque, la garantie solidaire de tous les endosseurs ne se justifierait pas.

Non seulement la garantie solidaire ne se justifie pas mais nous pouvons même affirmer qu'elle est incompatible avec la créance cédée. En matière d'effet de commerce la solidarité se conçoit très bien; l'on est en présence d'un engagement de courte durée et à quelques semaines de l'échéance, l'endosseur est capable d'apprécier la valeur de la signature de celui qui a souscrit l'effet. En matière d'obligation hypothécaire à ordre, la situation est toute autre; les prêts hypothécaires sont, en général, faits à long terme, dans ces conditions l'endosseur ne peut pas consentir à être rendu responsable si, à une échéance éloignée, quinze ou vingt ans après par exemple, la créance est impayée; entre le moment de l'endossement

et celui de l'échéance il peut se produire divers incidents tels que la mort du débiteur, une moins-value de l'immeuble, incidents que l'endosseur est dans l'impossibilité de prévoir. D'autre part, le recours en garantie serait souvent impraticable par suite du temps écoulé entre le moment de l'endossement et celui de l'échéance.

Nous en concluons que l'endosseur d'une obligation hypothécaire à ordre ne sera garant, dans les termes du droit commun que de l'existence de la créance au moment de la cession; il ne répondra de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y sera engagé et jusqu'à concurrence du prix qu'il aura retiré de la créance (1).

Lorsque la transmission de l'obligation a lieu sans stipulation de garantie l'on peut se demander si la garantie doit être limitée à la réalité de la créance cédée ou si elle doit s'appliquer également à l'existence de l'hypothèque. C'est là une question de fait : les juges auront à apprécier quelle a été l'intention des parties (2)

b) Obligation au porteur La garantie solidaire n'ayant jamais été admise en cas de transmission d'un titre au porteur, le cédant sera, sans aucun doute, garant dans les termes du droit commun.

(1) Lyon 26 août 1818. Sirey-Devilleneuve, 5.2.417. — Thaller, Traité élémentaire de droit commercial 4^e édit n. 1502. — Voir également Tribunal de Nantes 23 juillet 1873, D. 74.5.181. — Tribunal de St-Etienne 24 septembre 1891. Pand. franç. 1892.2.231.

(2) Cass. 28 mai 1873. S. 74.1.368.

§ 2. — *Purge.*

Le tiers acquéreur d'une immeuble hypothéqué a la faculté, pour se garantir des poursuites, d'opérer la purge des hypothèques inscrites sur son immeuble. A cet effet, il doit, aux termes de l'art. 2183 du Code civil, faire certaines notifications au créancier hypothécaire qui, à partir de ces notifications a un délai de quarante jours pour surenchérir si le prix offert ne lui paraît pas suffisant.

Ces notifications devant être faites au domicile élu dans l'inscription, peu importe au tiers porteur si le créancier actuel n'est pas celui dont le nom figure sur le registre. « Le tiers détenteur disait Troplong (1), n'a de relations à nouer qu'avec le créancier désigné dans l'inscription et rien ne l'oblige à s'occuper de ceux qui, par voie d'endossement, sont devenus plus tard cessionnaires de l'hypothèque ».

De son côté, le cessionnaire aura le plus grand intérêt à se faire connaître, sinon il s'exposerait à ne pas être touché par les notifications du tiers acquéreur, à laisser passer le délai de surenchère et, par ce fait, à subir une perte totale ou partielle de sa créance si le prix obtenu dans la vente n'est pas suffisant pour le désintéresser.

(1) Troplong. Traité de la vente t. n° 906.
Voir aussi Colmar 30 décembre 1850. S. 54.2.487.

Section V. — Publicité de l'hypothèque.

§ 1. — Inscription de l'hypothèque.

a) *Personne pouvant prendre inscription.* L'on s'est demandé si le cessionnaire d'une obligation hypothécaire, à ordre ou au porteur, pouvait valablement prendre inscription : la raison de douter provient de la rédaction de l'art. 2152 du Code civil : si, peut-on dire, la faculté de changer le domicile élu dans l'inscription est refusée au cessionnaire par acte sous-seing privé, à plus forte raison ne peut-il pas prendre une inscription, acte autrement important qu'un simple changement de domicile élu. Cet argument ne saurait être pris en considération; ainsi que nous le verrons ultérieurement, l'exigence de l'art. 2152 a pour but de mettre la responsabilité du conservateur des hypothèques à couvert; pour opérer sur ses registres une rectification qui peut être pour les tiers grosse de conséquences, il ne faut pas qu'il puisse mettre en doute la réalité de la cession. Une inscription ne présente pas le même caractère de gravité, c'est un acte purement conservatoire qui peut être requis par un cessionnaire, par un mandataire du créancier, même par un simple gérant d'affaire. Le cessionnaire d'une obligation hypothécaire à ordre ou au porteur est donc capable de prendre valablement inscription.

b) *Formes de l'inscription.* — Parmi les mentions énumérées par l'art. 2148 du Code civil une seule

retiendra notre attention, celle concernant la désignation du créancier.

Nous savons que l'inscription doit mentionner les nom, prénoms, domicile et profession du créancier; comment cette formalité pourra-t-elle être observée puisque la qualité de créancier appartient successivement aux différents porteurs de l'obligation et que le véritable créancier est inconnu. Il est communément admis que la désignation du véritable créancier n'est pas indispensable et que l'inscription prise au profit du créancier originaire profite à tous les cessionnaires.

Une plus grave difficulté se présente lorsque l'on a affaire à une obligation au porteur dans laquelle, comme il arrive quelquefois, le nom du créancier n'est pas mentionné; comment sera alors libellée l'inscription? Même dans ce cas, l'inscription peut-être prise au nom du créancier primitif, bien que ce nom ne figure pas dans l'acte constitutif car la loi n'exige pas que l'inscription soit, quant à la désignation du créancier, la reproduction de l'acte constitutif d'hypothèque. Mais poussons plus avant et demandons-nous si une inscription peut être prise au profit du porteur de l'obligation, sans autre désignation de créancier. Cette question fut soumise, en 1829, à la Cour de Poitiers (1), qui estima qu'une pareille inscription ne pouvait pas être valable parce que l'indi-

(1) Poitiers 15 décembre 1829. S. 30,2.92.

cation précise du créancier tient à la substance même de l'acte et intéresse de plus l'ordre public. Cette solution qui tendait à faire de la désignation du créancier une mention substantielle ne paraît plus soutenable depuis que l'art. 2148 a été modifié par la loi du 1^{er} mars 1918 et que l'ancienne distinction des mentions substantielles et des mentions non substantielles a été abolie (1). Nous avons déjà examiné la question (2); nous n'y reviendrons pas.

§ 2. — *Changement du domicile élu dans l'inscription.*

Aux termes de l'art. 2152 du Code civil, il est loisible au cessionnaire par acte authentique, de faire changer le domicile élu dans l'inscription; on en a conclu que cette faculté ne pouvait pas être accordée au cessionnaire d'une obligation à ordre ou au porteur (3). Cette conséquence est-elle bien exacte? Il est permis d'en douter. Le conservateur ne rectifiera sur ses registres la mention du domicile élu que s'il est absolument certain qu'il y a bien eu cession; cette certitude, il l'aura facilement si le cessionnaire lui apporte une expédition de son

(1) Avant la loi du 1^{er} mars 1918 MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes s'étaient déjà prononcés en faveur de la validité d'une inscription prise au profit du porteur du titre. — Voir aussi Labbé note sous cass. 9 février 1891. S. 92.1.113 — Sarrut note sous cass. 20 octobre 1897. D. 02.1.49

(2) Voir supra p. 42

(3) Challamel. De la cession des créances hypothécaires. Etude sur les cédulas hypothécaires, p. 90.

acte de cession; un acte sous seing privé n'aurait pas, à ses yeux, une force probante suffisante et il serait exposé à se trouver en présence d'un faux cessionnaire dont le but serait, en changeant le domicile élu, de nuire au créancier inscrit; auquel cas la responsabilité du conservateur serait engagée.

Si le législateur de 1804 a exigé l'authenticité de la cession, c'est parce que, dans l'immense majorité des cas, c'est le seul moyen pratique pour le conservateur d'apprécier la réalité de la cession, mais si le conservateur peut acquérir, par d'autres moyens, la certitude absolue qu'une véritable cession a bien été effectuée; nous ne voyons pas quel intérêt il aurait à refuser la rectification qui lui est demandée; il n'y a aucune raison de croire que l'art. 2152 soit d'ordre public. En cas de transmission d'obligation à ordre ou au porteur, le cessionnaire peut apporter au conservateur la preuve complète de la cession faite en sa faveur en lui produisant, soit la grosse à ordre revêtue de tous ses endossements, soit la grosse au porteur, dont la seule possession suffit pour établir le droit de propriété (1).

Notons que le cessionnaire aura le plus grand intérêt à faire changer le domicile élu, afin de pouvoir recevoir en

(1) Voir dans le sens de notre opinion le Journal des Conservateurs des hypothèques art. 4597.

Nous n'avons pu trouver sur la question aucune décision de jurisprudence.

temps utiles les diverses notifications qui doivent être signifiées à domicile élu, notamment les notifications afin de purge (art. 2183 C. civ.), les sommations de produire aux ordres (art. 753, C. pr. civ.) et en cas de saisie immobilière, les sommations de prendre communication du Cahier des charges et d'assister à la lecture et publication qui en sera faite ainsi qu'à la fixation du jour de l'adjudication (art. 691 C. pr. civ.).

§ 3. — *Mention de la cession en marge de l'inscription.*

Par le fait de la cession, les mentions de l'inscription relatives à la désignation du créancier, ne se trouvent plus conformes à la réalité. Pour remédier à cette situation qui peut être préjudiciable aux intérêts du cessionnaire, celui-ci a la faculté de requérir du conservateur que mention de la cession soit faite en marge de l'inscription. Bien que ce droit ne soit, en général, accordé qu'au cessionnaire par acte authentique, il ne nous paraît pas douteux que le cessionnaire d'une obligation à ordre ou au porteur, doive également en profiter, pour les raisons que nous avons développées au paragraphe précédent.

§ 4. — *Radiation de l'inscription.*

La radiation d'une inscription d'hypothèque à ordre ou au porteur est une opération délicate, pouvant donner lieu à de graves difficultés. Remarquons tout d'abord que la radiation est l'opération qui engage le plus directement

la responsabilité du conservateur des hypothèques : lorsque le conservateur est requis d'inscrire une hypothèque, son ministère est, en quelque sorte, passif; il est obligé d'effectuer l'inscription sans retard sous peine de dommages-intérêts (art. 2199 C. civ.); en cas de radiation, au contraire, son rôle est tout autre, il est juge de la validité de l'acte en vertu duquel la radiation lui est demandée, étant responsable du préjudice pouvant résulter d'une radiation effectuée à tort (art. 2197 C. civ.);

L'on comprend alors que le conservateur s'en-toure de toutes les précautions possibles et soit fondé à refuser une radiation qu'il a des raisons de croire suspecte. La forme à ordre ou au porteur étant favorable à l'accomplissement de certaines fraudes, il n'est pas étonnant que la radiation des hypothèques à ordre ou au porteur soit parfois laborieuse.

Examinons d'abord le cas le plus simple, celui où l'hypothèque inscrite au nom du créancier primitif se trouve sans effet par suite du paiement effectué entre les mains du porteur de l'obligation : qui va pouvoir donner mainlevée de l'inscription et quelles formalités devront accompagner la demande de radiation?

a) *Capacité pour donner mainlevée.* — D'après l'article 2157 du Code civil, les inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées et ayant capacité à

cet effet. Quelle est cette capacité, le Code ne le dit pas mais il est facile de la déterminer. Il n'est pas douteux que toute personne capable de recevoir le paiement de la créance et de donner décharge au débiteur, puisse donner mainlevée de l'hypothèque garantissant cette créance; le cessionnaire possède donc cette capacité. Toutefois, un doute a été émis en ce qui concerne le cessionnaire d'une créance hypothécaire négociable. Il est généralement admis, en effet, que le cessionnaire ne peut donner mainlevée de l'inscription qu'à la condition que la cession ait eu lieu par acte authentique (1). Si, aux termes de l'art. 2152 du Code civil, l'authenticité de la cession est nécessaire pour opérer un simple changement de domicile, à plus forte raison, dit-on, doit-elle être exigée lorsqu'il s'agit d'effectuer la radiation de l'inscription. Nous nous sommes déjà expliqué sur la nature de la formalité exigée par l'art. 2152 et nous ne pensons pas que cet article puisse mettre obstacle à une demande de radiation émanant du cessionnaire d'une obligation à ordre ou au porteur, car le conservateur peut apprécier sûrement la capacité du cessionnaire, autrement qu'en exigeant une

(1) Boulanger. *Traité des radiations hypothécaires* t. I n° 60. — André. *Traité du régime hypothécaire* n° 2711. — Martou. *Traité des privilèges et des hypothèques* t. III n° 1182. — Defrenois. *Traité pratique et formulaire du notariat* art. 9829. — Tribunal de Bayeux 20 novembre 1851 *Journal des Conservateurs des hypothèques* art. 783.

expédition de l'acte de cession (1)

b) *Formalités particulières devant accompagner la demande de radiation.* — Le cessionnaire d'une obligation à ordre ou au porteur est donc capable de requérir la radiation sans que le créancier au nom de qui l'inscription est prise ait à donner son consentement, toutefois il lui faudra prouver qu'il est bien cessionnaire du créancier dont le nom figure dans l'inscription. A l'appui d'une demande de radiation émanant du porteur d'une obligation à ordre le conservateur des hypothèques sera en droit de réclamer, soit une expédition en forme du titre et de tous les endossements dont il est revêtu, soit la grosse de l'obligation elle-même. Si la grosse est au porteur, la qualité de cessionnaire peut-être établie plus simplement, le notaire, en rédigeant l'acte de mainlevée n'a qu'à y mentionner que le porteur, requérant la radiation est effectivement possesseur et, par conséquent, propriétaire de la grosse de l'obligation. Cette attestation contenue dans l'acte authentique de mainlevée, fait foi jusqu'à inscription de faux et met suffisamment à couvert la responsabilité du conservateur (2)

(1) M. Boulanger après avoir admis que le cessionnaire par acte authentique avait seul pouvoir de requérir une main levée reconnaît cependant cette qualité au cessionnaire par voie d'endossement.

(2) Dijon 8 juillet 1892. Dalloz, Rép. jurisp. suppl. « Privilèges et hypothèques » n° 1616.

Dans l'intérêt des tiers d'autres formalités ne sont-elles pas nécessaires, afin d'empêcher le porteur de remettre frauduleusement son titre en circulation après que la radiation aura été effectuée. Ne doit-on pas obliger le cessionnaire requérant la radiation à remettre au bureau de la conservation pour qu'elle y reste déposée la grosse de l'obligation bâtonnée et biffée? Cette formalité que la loi ne prévoit pas ne saurait être imposée, car la mainlevée d'une inscription n'emporte pas toujours présomption de paiement du titre et libération de la part du débiteur (1) En cas de paiement, le débiteur ne manquera d'ailleurs pas de demander la remise de la grosse comme preuve de sa libération.

Dans l'intérêt des tiers, on a également proposé de rendre obligatoire une autre formalité : l'expédition de l'acte de mainlevée doit spécifier, a-t-on dit (2) que mention de la décharge et mainlevée a été faite par les soins du notaire sur la grosse de l'obligation. C'est assurément là une précaution excellente que le notaire en fait n'omettra jamais de prendre, mais dans le silence de la loi, il paraît difficile de l'ériger en règle de droit.

Considérons à présent une difficulté sur laquelle les tribunaux ont eu à se prononcer. Des billets à ordre ont

(1) Bordeaux 7 février 1846 S. 46.2.322. — Dijon 8 juillet 1892 précité.

(2) Hervieu. Dictionnaire des privilèges et hypothèques mot « radiation » n° 71.

été souscrits par le débiteur en représentation de sa dette; ces billets ont été mis en circulation et les porteurs ne se sont pas fait connaître du conservateur des hypothèques; le créancier primitif, bien que n'étant plus créancier, donne mainlevée de l'hypothèque et la radiation est opérée par le conservateur; une telle radiation est-elle valable?

Il faut, selon nous, distinguer suivant que l'antériorité de la cession est ou n'est pas établie. Si la cession n'a pas de date certaine, la radiation sera valable, le porteur ne pouvant pas établir qu'au moment de la mainlevée le créancier inscrit était incapable de la consentir; il n'aura contre son cédant qu'une action personnelle fondée sur l'obligation qu'a tout cédant de ne pas porter préjudice à son cessionnaire par son fait personnel. Si, au contraire, la cession a date certaine antérieure à celle de la mainlevée, la radiation opérée sera nulle et une nouvelle inscription devra être prise, pour rendre de nouveau le droit hypothécaire du porteur opposable aux tiers. Quel sera l'effet de cette nouvelle inscription? Fera-t-elle revivre l'ancienne avec les effets qui lui étaient attachés, ou bien ne vaudra-t-elle qu'à sa date? D'après une opinion, l'inscription nouvelle prendra le rang de l'inscription primitive rayée à tort, alors même que des tiers auraient pris inscription entre la radiation et l'inscription nouvelle. Cette opinion, soutenue par Laurent (1)

(1) T. XXXI n. 231.

est restée isolée, la doctrine et la jurisprudence admettent la solution contraire qui, seule, est conforme aux principes de notre régime hypothécaire. Ainsi que le font remarquer Aubry et Rau « une inscription rayée n'existe plus pour le public, on ne pourrait la faire revivre au préjudice des tiers qui auraient acquis depuis sa radiation des droits sur l'immeuble sans se mettre en opposition directe avec le principe de publicité et sans ébranler la base de notre régime hypothécaire (1) ».

Le porteur pourra n'être pas payé, bien que la radiation faite à tort, ait été annulée et qu'une inscription nouvelle ait été prise; il n'y a qu'à supposer que le montant des créances inscrites dans l'intervalle entre la radiation et l'inscription nouvelle soit supérieur à la valeur de l'immeuble. Dans ce cas, de quels moyens disposera le porteur pour être indemnisé de la perte par lui subie? Privé de son droit réel, le porteur pourra, comme dans le cas que nous avons examiné précédemment, se retourner contre son cédant; il pourra, en outre, avoir un recours contre le conservateur des hypothèques.

Pour apprécier la responsabilité du conservateur des hypothèques, il faut, à notre avis, distinguer selon que l'inscription mentionne ou ne mentionne pas la création de billets endossables. Dans le premier cas, le conservateur sait que la créance hypothécaire a été fractionnée

(1) T. III § 284, note 41.

en un certain nombre de billets à ordre, dans le but d'être rendue plus facilement transmissible. Avant d'opérer la radiation, il doit s'inquiéter de savoir si le créancier primitif a toujours qualité pour donner mainlevée, s'il n'a pas négocié les billets souscrits à son profit; à défaut par lui de se livrer à ces recherches, il pourrait, à notre sens, être tenu pour responsable de la radiation effectuée à tort (1).

Si, au contraire, l'inscription ne contient aucune mention relative à la création de billets endossables, la responsabilité du conservateur paraît ne pas devoir être mise en cause; l'on ne peut faire grief au conservateur d'avoir radié sur la demande du créancier inscrit, alors qu'il avait toute raison de croire que la personne du créancier n'avait pas changé. Dans ce cas, le porteur devra plutôt s'en prendre à lui-même car, de son côté, il a commis une négligence en ne se faisant pas connaître au conservateur.

La plus élémentaire prudence recommandera au cessionnaire d'une créance hypothécaire à ordre ou au porteur, d'avertir le conservateur de la cession qui lui a été faite et d'en requérir mention en marge de l'inscription; il évitera ainsi les dangers d'une mainlevée consentie par

(1) Conf. jugement du tribunal d'Oran du 15 avril 1912. *Journal des Conservateurs des hypothèques* art. 6712.

Voir cependant jugement du tribunal d'Espalion du 6 décembre 1892, *Revue hypothécaire* art. 1083.

le créancier inscrit. Pour éviter toute difficulté, et pour mettre à couvert la responsabilité du conservateur, il serait à souhaiter que cette simple faculté donnée au cessionnaire devînt une obligation légale; le législateur pourrait, semble-t-il, s'inspirer du texte de M. de Vatimesnil avait proposé en 1850 à l'Assemblée législative. « L'endossement se fera sur la grosse ou sur le brevet. Il ne produira d'effet, à l'égard des tiers, y compris le débiteur, que du jour où le conservateur des hypothèques en aura fait mention en marge de l'inscription. »

Signalons enfin qu'en Belgique, la question a été résolue relativement à l'hypothèque garantissant une ouverture de crédit; dans la loi du 15 avril 1889, modifiant l'art. 80 de la loi du 16 décembre 1854, nous lisons : « Le créateur conserve, vis-à-vis des tiers, le droit de disposer de l'hypothèque même si les obligations imputables sur le crédit sont représentées par des titres négociables. Toutefois, le porteur de ces titres peut, par une opposition suspendre les effets des actes de mainlevée ou autres qui porteraient atteinte à son droit. L'opposition doit être signifiée au conservateur des hypothèques et au créateur et contenir élection de domicile dans l'arrondissement. Le conservateur la transcrira en marge de l'inscription et mention de cette transcription sera faite en marge de l'original de l'exploit... »

CHAPITRE V

LES OBLIGATIONS HYPOTHÉCAIRES À ORDRE OU AU PORTEUR DANS LA PRATIQUE

Au début de ce travail, nous avons signalé que la grande difficulté qu'éprouve le prêteur pour rentrer dans ses fonds, était un des principaux obstacles au développement du crédit hypothécaire. Le prêt hypothécaire, pour cette raison, constitue un placement qui ne convient qu'à un petit nombre de capitalistes, à ceux qui peuvent consentir à n'être remboursés que dans un délai souvent fort long. Nous venons de voir que, sans porter atteinte aux principes de notre régime hypothécaire ainsi qu'aux règles de notre droit civil, il était possible de remédier à cet inconvénient en facilitant la transmission des créances hypothécaires par l'insertion dans l'acte constitutif d'hypothèque de la clause à ordre ou au porteur.

Pour terminer ce travail, il nous reste à considérer l'extension prise dans la pratique par ce procédé de mobilisation du crédit hypothécaire.

Imaginée dans le but de remédier aux graves inconvénients résultant de l'immobilisation des créances hypothécaires, il peut paraître surprenant que la forme négociable ne soit pas donnée plus fréquemment aux obligations hypothécaires. En fait, la clause à ordre se rencontre très rarement; quant à la cause au porteur, son emploi est encore bien restreint et reste cantonné dans

certaines contrées de la France, dans la région parisienne, cette pratique est, pour ainsi dire, inconnue.

Le peu de faveur dont jouissent les clauses à ordre et au porteur dans les obligations hypothécaires s'explique par les considérations suivantes.

1° Bien que la validité de cette pratique soit depuis longtemps admise, la théorie des obligations hypothécaires à ordre et au porteur est encore loin d'être établie. Sur bien des points, notamment en ce qui concerne les droits des créanciers du porteur, les moyens de défense que le débiteur peut opposer au porteur, la garantie à laquelle a droit le porteur non payé, la jurisprudence et la doctrine se montrent hésitantes; dans ces conditions, les parties, en insérant dans leur contrat la clause à ordre ou au porteur, sont incapables d'en prévoir toutes les conséquences.

2° La forme négociable donnée aux obligations hypothécaires n'est pas sans présenter de réels dangers pour chacune des deux parties. Nous avons vu, notamment, que si une clause spéciale n'est pas insérée dans l'acte, la perte du titre équivaut, pour le créancier, à la perte du droit. Quant au débiteur, il devient incapable, selon la jurisprudence, d'opposer au porteur du titre la plupart des moyens de défense qu'il aurait pu invoquer contre les porteurs précédents, ce qui peut favoriser certaines fraudes à son préjudice.

3° L'emploi des clauses à ordre et au porteur dans les obligations hypothécaires répugnait profondément à

l'ancien corps notarial et, à l'heure actuelle, nombreuses sont encore les chambres de notaires qui y sont hostiles; ne pouvant pas le prohiber, elles exigent du notaire rédacteur un écrit constatant que c'est sur une réquisition expresse du client qu'il a été contraint de dresser un acte à forme négociable. On a pu craindre, et c'est peut-être là une crainte chimérique, que l'emploi de la forme négociable ne constituât, pour les notaires, un moyen de tourner les dispositions légales leur interdisant d'être personnellement intéressés dans les opérations pour lesquelles ils prêtent leur ministère.

4° La forme à ordre présente en outre de graves inconvénients, ce qui explique sa plus grande rareté. Nous avons vu précédemment que la transmission d'une obligation hypothécaire à ordre, bien que s'effectuant par endossement, était soumise au droit d'enregistrement prévu pour la cession de créance. Vu la forme simplifiée sous laquelle s'effectue le transport, le droit d'enregistrement, le plus souvent, n'est pas acquitté après chaque endossement; aussi le porteur, lorsqu'il a besoin de justifier des divers endossements, pour une mainlevée, par exemple, doit-il les faire enregistrer, ce qui peut constituer pour lui une lourde charge. Il est vrai qu'en ce qui concerne le cas de radiation, il sera possible d'éviter cet inconvénient en laissant l'inscription s'éteindre par péremption décennale, mais les circonstances ne permettent pas toujours d'attendre jusque-là (1).

(1) Voir à ce sujet Paston. Des obligations hypothécaires à ordre ou au porteur entre particuliers. Thèse Paris 1907 art. 246.

La forme à ordre présente encore un autre point faible. Le porteur de l'obligation ne peut établir son droit sur le titre que s'il justifie que toutes les cessions antérieures ont bien été faites par des personnes ayant capacité à cet effet; les signatures de tous les endosseurs doivent en conséquence être légalisées, ce qui complique singulièrement un procédé de cession qui a été choisi à cause de sa simplicité.

Pour les raisons que nous venons d'exposer, l'emploi des clauses à ordre et au porteur, dans les obligations hypothécaires, risque de rester plutôt dans le domaine de la théorie tant qu'une loi n'aura pas aplani les difficultés pratiques qu'il entraîne et déterminé les effets qu'il doit produire.

La vieille question des créances hypothécaires négociables, qui a été résolue législativement dans la plupart des pays étrangers, notamment en Allemagne (1), en

(1) Sur les procédés de mobilisation du crédit foncier employés en Allemagne consulter Challamel. De la cession des créances hypothécaires. Etude sur les cédules hypothécaires.

Afin d'éviter une perturbation trop grande dans les affaires et aussi pour vérifier si à l'usage le système allemand présente sur le système français les avantages pratiques qu'on lui prête, le régime hypothécaire allemand a été maintenu provisoirement en Alsace-Lorraine. Consulter à ce sujet le rapport de la Section de Législation relatif au droit réel immobilier en Alsace-Lorraine dans la Revue juridique d'Alsace et de Lorraine 1921 p. 1 et 49.

Suisse (1), en Belgique et en Espagne, sera-t-elle enfin reprise un jour par le législateur? Il est bien difficile de le prédire à moins que l'on considère comme un heureux présage les lois du 10 juillet 1883 (art. 12), relative à l'hypothèque sur les navires et celle du 3 juillet 1917 (art. 12) relative à l'hypothèque fluviale, qui admettent la transmission du bénéfice de l'hypothèque par l'endossement du titre la constatant.

Vu :
LE DOYEN,
F. LARNAUDE.

Vu :
LE PRÉSIDENT,
CAPITANT.

Vu :
et permis d'imprimer,
LE RECTEUR DE L'ACADÉMIE DE PARIS :
P. APPELL.

(1) Sur le système adopté en Suisse consulter Chérest. De la mobilisation du crédit hypothécaire au moyen de titres négociables (cédules et lettres de rente). Etude comparative du droit suisse et d'histoire du droit français. Thèse Paris 1912.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	5

CHAPITRE I

CONSIDÉRATIONS HISTORIQUES.....	15
§ 1. Doctrine et travaux législatifs.....	16
§ 2. Jurisprudence	26

CHAPITRE II

VALIDITÉ DES CLAUSES A ORDRE ET AU PORTEUR DANS LES OBLIGATIONS HYPOTHÉCAIRES.....	30
§ 1. Validité des clauses à ordre et au porteur dans les titres de créance civils.....	31
§ 2. Transmissibilité de la garantie hypothécaire par le fait de l'endossement ou de la simple remise du titre.....	39

CHAPITRE III

NATURE JURIDIQUE DES CLAUSES A ORDRE ET AU PORTEUR	45
A. — Théories du droit propre.....	46
1. Théories exclusives de l'idée de contrat.....	46
2. Théories basées sur l'idée de contrat.....	48
B. — Théorie de la cession.....	54

CHAPITRE IV

ETUDE DES DIFFÉRENTES QUESTIONS QUE SOULÈVE L'EMPLOI DES CLAUSES A ORDRE ET AU PORTEUR DANS LES OBLIGATIONS HYPOTHÉCAIRES.....	61
SECTION I. — Naissance de l'obligation.....	61
SECTION II. — Transmission de l'obligation.....	66
§ 1. Transmission à titre onéreux.....	66
§ 2. Transmission à titre gratuit.....	74
§ 3. Transmission à titre de garantie.....	76
SECTION III. — Droits des créanciers du porteur de l'obligation.....	79
SECTION IV. — Extinction de l'obligation.....	81
§ 1. Paiement.....	82
A. — A quelle époque le paiement doit-il être effectué ?	82
B. — Entre les mains de qui le paiement doit-il être fait pour être libératoire ?.....	85
C. — Quelle sera la situation du créancier qui ne pourra pas représenter son titre ?.....	87

D. — Quels sont les moyens de défense que le débiteur pourra opposer au porteur à l'échéance ?....	96
E. — En cas de non paiement quel secours le porteur aura-t-il ?.....	103
§ 2. Purge.....	107
SECTION V. — Publicité de l'hypothèque.....	108
§ 1. Inscription de l'hypothèque.....	108
§ 2. Changement du domicile élu dans l'inscription	110
§ 3. Mention de la cession en marge de l'inscription	112
§ 4. Radiation de l'inscription.....	112

CHAPITRE V

LES OBLIGATIONS HYPOTHÉCAIRES A ORDRE ET AU PORTEUR DANS LA PRATIQUE.....	112
--	-----



